

Jimmi Kloster & Kristian Mathiasen
Aalborg Universitet, maj 2011

Titelblad

Universitet: Aalborg Universitet

Studie: Erhvervsjura, 10. semester

Studerende: Jimmi Kloster & Kristian Mathiasen

Vejleder: Thomas Rønfeldt

Titel: Ejerftalens bestemmende indflydelse

Projektperiode: Forårssemesteret 2011

Afleveret: 27. Maj 2011

Sidetal: 81 sider

Jimmi Kloster

Kristian Mathiasen

Summary

Before the introduction of The Companies Act (Selskabsloven) in 2010 it was common, within Danish company law, for capital companies to take the shareholders agreement in to concern, when making decisions. With the introduction of paragraph 82 this is now in the past.

The rationale behind this dissertation is The Companies Act § 82 – what impact will this provision have on Danish law, and how far is its reach? A very interesting issue that still seems in need of resolving, not just within company law, but also in fiscal law and other areas where the controlling interest in companies are of importance.

The aim of this dissertation is to find out whether The Companies Act § 82 is to be taken into account when determining if the amount of controlling interest that is required for companies to be treated as affiliated.

The way by which we have addressed this issue is by examining the hierarchy within the source of law that exist in company law. How is the source of law structured and how does it relate to the shareholder agreements? After laying this down, we depict the Danish joint taxation rules with the aim of getting an insight into how the system have evolved through time and which rules actually apply today.

With this knowledge obtained we will analyze a series of binding rulings from The National Tax Board (Skatterådet) in which shareholder agreements have been the center of interest in determining controlling interest and with this affiliation between the companies cf. Corporation Tax Act § 31C (selskabsskatteloven).

After this case law analysis within our area of interest, we will sum up our findings – how the danish tax agency position is towards shareholder agreements and The Companies Act § 82, in relations to the controlling interest, and how the companies are suppose to act to keep in accordance with this.

Indholdsfortegnelse

I Emne & metode	6
1 Emne	7
1.1 Valg af emne	7
1.2 Introduktion til emnet	8
1.3 Målsætningen med specialet	8
2 Metode	9
2.1 Metodeovervejelser	9
2.2 Disposition	10
2.3 Afgrænsning	11
II Retskildehierarkiet	12
3 Selskabsloven	14
3.1 Selskabsreformen	14
4 Vedtægterne	21
4.1 Minimumskravet til indholdet	21
4.2 Vedtægternes gyldighed	23
5 Ejeraftalen	24
5.1 Definitionen af en ejeraftale	25
5.2 Hvorfor indgå en ejeraftale	26
5.3 SL § 82	27
5.4 Intern strid imellem SL § 7 og SL § 82?	28
III De danske sambeskatningsregler	32
6 Sambeskatningsreglernes udvikling	34

6.1	Før indførelsen af selskabsskatteloven i 1960	34
6.2	Efter indførelsen af selskabsskatteloven i 1960	36
6.3	Sambeskatningsreformen i 2005	36
7	National sambeskatning	38
7.1	Sambeskatningskredsen	38
7.2	Udpegelse af administrationselskab	41
7.3	Administrationselskabets rettigheder og forpligtigelser	42
8	International sambeskatning	45
8.1	Valget af international sambeskatning og sambeskatningskredsen	45
8.2	Konsekvenserne ved at vælge international sambeskatning	46
9	Skatterådets særlige beføjelser	49
10	Selskabsskattelovens koncerndefinition	51
IV	Retspraksis	54
11	Beskrivelse af retspraksis	56
11.1	SKM 2010.209.SR	56
11.2	SKM 2010.687.SR	59
11.3	SKM 2011.42SR	62
11.4	SKM 2011.82.SR	67
12	Sammenfatning af retspraksis	73
V	Afslutning	75
13	Konklusion	76
	Litteraturliste	79

Forkortelser

AL	Aktieselskabsloven
ApL	Anpartsselskabsloven
KBSL	Kulbrinteskatteoven
KGL	Kursgevinstloven
KKSL	Konkursskatteoven
LL	Ligningsloven
SEL	Selskabsskatteoven
SKM	Meddelelse/afgørelse fra SKAT
SL	Selskabsloven
SKL	Skattekontrolloven
TfS	Tidsskrift for Skatter og Afgifter
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen

Del I

Emne & metode

Kapitel 1

Emne

1.1 Valg af emne

I oktober 2006 nedsatte daværende økonomi- og erhvervsminister, Bendt Bendtsen, et udvalg, bestående af repræsentanter fra de relevante erhvervsorganisationer, som fik til opgave at modernisere den dagældende selskabslovgivning.¹ Denne opgave blev beskrevet nærmere i en række punkter i kommissoriet af 11. november 2006, hvoraf det fremgik, at regeringen med denne modernisering ønskede at skabe nogle rammevilkår for erhvervslivet, som var konkurrencedygtige og samtidig sikrede, at dansk selskabsret var i front på det internationale marked.² I kommissoriet lagde man op til, at man med denne modernisering ikke blot ønskede en gennemlæsning af dagældende lovgivning, men derimod en total gennemskrivning af denne i form af enten en eller flere nye love, som det var tilfældet i 1972. Derudover ønskede man at skabe en bedre systematik og sammenhæng mellem de enkelte bestemmelser og på den måde gøre det mere enkelt for erhvervslivet at administrere og efterleve selskabslovgivningen.³ Udvalgets arbejde endte ud med betænkning 1498/2008, der indeholdt et forslag til en ny selskabslov. På baggrund af denne betænkning, fremsatte daværende økonomi- og erhvervsminister, Lene Espersen, lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009, som efter behandling i Folketinget blev vedtaget den 29. maj 2009, hvoraf resultatet blev lov nr. 470 af 12. juni 2009 (måske bedre kendt som selskabsloven).⁴ I denne lov blev der introduceret et ”nyt” begreb, ejeraftaler, der sammen med en række bindende svar fra Skatterådet vedrørende sambeskatning er omdrejningspunktet for dette kandidatspeciale.

¹Betænkning 1498/2008, side 15

²Betænkning 1498/2008, side 16

³Betænkning 1498/2008, side 16

⁴Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 5

1.2 Introduktion til emnet

Udgangspunktet inden for dansk ret er, at der er aftalefrihed. Aftalefriheden er baseret på det fundament, at aftalens parter frit kan aftale, hvad de har lyst til, men samtidig er bundet af de forpligtelser, som aftalen indebærer.⁵

I forhold til specialet er det interessant her ikke, at aftalens parter kan aftale, hvad de har lyst til, da dette forhold er uændret, men derimod, hvem aftalen binder. Som udgangspunkt er det kun aftalens parter, der er bundet af aftalen og som skal forholde sig til denne. Dog var det indtil selskabslovens indførelse i 2010 kutyme inden for selskabsretten, at kapital-selskaber forholdt sig til aktionær- og anpartshaveroverenskomster (datidens ejeraftaler), når der skulle træffes beslutninger, men med indførelsen af SL § 82 hører dette muligvis fortiden til.

Baggrunden for dette speciale er SL § 82 – hvilken betydning har denne bestemmelse og hvad er rækkevidden af den? En særdeles spændende problemstilling, som der stadigvæk hersker en del tvivl om, ikke blot inden for selskabsretten, men også skatteretten og de øvrige retsområder, hvor den bestemmende indflydelse i et kapital-selskab tillægges værdi.

1.3 Målsætningen med specialet

Målsætningen med dette speciale er at finde frem til, hvorvidt SL § 82 bør tillægges betydning i forhold til den bestemmende indflydelse, der kræves for, at der foreligger en koncernforbindelse imellem selskaber.

⁵Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende aftaleret, s. 43

Metode

2.1 Metodeovervejelser

I specialet anvendes en retsdogmatisk metode, da specialet har til formål at fastlægge, hvordan gældende ret er med hensyn til ejaftalers betydning. Selvom udgangspunktet er, at der anvendes en klassisk retsdogmatisk metode, vil der også være dele af specialet, som har karakter af retspolitiske udsagn, da den praksis der foreligger om ejaftalers betydning efter indførelsen af SL § 82 udelukkende er afgørelser fra Skatterådet.

Før vi beskriver en nærmere plan for specialet, vil vi kort gøre rede for, hvad det vil sige at anvende en retsdogmatisk og retspolitisk metode.

Ved anvendelse af en retsdogmatisk metode går man i følge Peter Blume ind og beskriver gældende ret (*de lege lata*).⁶ Dette synspunkt er Jens Ewald og Sten Schaumburg-Müller enig i, men anfører yderligere, at retsdogmatikkens opgave udover at beskrive gældende ret, også handler om at foretage en systematisk fortolkning og analyse af gældende ret.⁷

Hvad angår den retspolitiske metode, er der flere forskellige måder, hvorpå denne kan anvendes – alt afhængig af formålet. Hvor retsdogmatikken anvendes til at beskrive den gældende ret og udrede baggrunden og begrundelsen for de enkelte regler, går den retspolitiske metode skridtet videre og anvendes til at undersøge om den eksisterende retstilstand er tilfredsstillende og til at komme med nye forslag om, hvordan tingene bør være.⁸ Disse

⁶Blume, Peter: Juridisk metodelære, s. 150

⁷Ewald, Jens m.fl.: Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, s. 210

⁸Blume, Peter: Juridisk metodelære, s. 154

forslag kan have karakter af at være anbefalinger til, hvordan lovgivningen bør indrettes (de lege ferenda) eller hvordan de retsanvendende myndigheder fremover bør afgøre konkrete spørgsmål ud fra den eksisterende retsordens rammer (de sententia ferenda).⁹

Som nævnt ovenfor, vil metoden i projektet primært være af retsdogmatisk karakter, da formålet med specialet er at beskrive, fortolke og analysere SL § 82 og de øvrige retsregler, der knytter sig til den bestemmende indflydelse, som bliver overdraget ved en ejerftale. Dette har vi tænkt os at sammenholde med allerede eksisterende afgørelser fra Skatterådet og i tilfælde af uoverensstemmelse mellem den opnåede viden og afgørelserne at bidrage med en vejledning til, hvordan kapitalsselskaber bør forholde sig til reglerne, samt komme med et forslag til, hvordan sager af denne karakter bør afgøres.

2.2 Disposition

Specialet er opdelt i 5 dele, hvor den første del beskriver baggrund for valget af emne og målsætningen med specialet, samt hvordan dette metodisk er grebet an.

I del 2 beskrives retskildehierarkiet, formålet med denne del er at få indsigt i retskildehierarkiet og hvordan selskabslovgivningen, vedtægterne og ejerftalen er placeret i dette hierarki. Der gives først en beskrivelse af selskabsloven, hvor omdrejningspunkt er selskabsreformen, hvordan har denne reform påvirket selskabsretten. Herefter beskrives vedtægterne og ejerftalen, hvor det blandt andet analyseres, hvad der karakteriserer disse to begreber og hvordan de adskiller sig fra hinanden.

Del 3 omhandler de danske sambeskatningsregler. Først gives der en beskrivelse af reglernes udvikling, med det formål at få en forståelse af reglernes tilblivelse. Herefter beskrives de nationale og internationale sambeskatningsregler, samt de regler der knytter sig hertil. Formålet med denne del er at opnå kendskab til de danske sambeskatningsregler og samtidig vise, hvilke rettigheder og forpligtigelser, der følger sambeskatningen.

På baggrund af den viden, vi har tilegnet os i del 2 og 3, forholder vi os i del 4 til en række bindende svar fra Skatterådet, der er blevet afsagt i henholdsvis 2010 og 2011, hvor bestemmende indflydelse via en ejerftale har haft betydning for sagens udfald (dog med udtagelse af SKM 2011.82.SR, hvor der er tale om en låneftale og ikke en ejerftale).

⁹Wegener, Morten: Juridisk metode, s. 51f

Efter at have forholdt sig til de enkelte afgørelse afsluttes denne del af specialet med sammenfatning, hvori det redegøres for SKATs og vores synspunkter.

Efter at have forholdt sig til de bindende svar i del 4 afsluttes specialet i del 5 med en konklusion.

2.3 Afgrænsning

Vi har i vores speciale udelukkende beskæftiget os med dansk ret, med få henvisninger til eksempelvis de internationale regnskabsstandarder i IAS, uden at disse på nogen måde er blevet fokus i dette speciale. Under dansk ret har vi inddraget de dele af selskabs-, skatte- og aftaleretten som vi har fundet relevant for at behandle vores problemstilling.

For at undersøge hvorledes selskabsreformen har ændret retstillingen for ejerftaler og deres påvirkning af den bestemmende indflydelse i selskaber, har vi analyseret den retspraksis, som er fulgt efter disse ændringers vedtagelse. Som følge af dette har vi, med undtagelse af få domme fra domstolene, som er inddraget for at belyse andre momenter i specialet, udelukkende benyttet os af administrative afgørelser i form af bindende svar fra Skatterådet og kendelser fra landsskatteretten. Dette valg af retskilder er truffet på baggrund af at der grundet sagens natur ikke har været domstolsprøvelser inden for dette område endnu, som er af betydning for vores problemstilling.

Del II

Retskildehierarkiet

Indledning

Baggrunden for denne del af specialet er retskildehierarkiet, et punkt Udvalget til Modernisering af Selskabsretten gør særligt opmærksom på i betænkning 1498/2008, hvor strukturen i det selskabsretlige retskildehierarki beskrives således:

Det almindeligt anerkendte retskildehierarki er loven, vedtægter, der kan rummes inden for lovens rammer, samt aftaler, der ligeledes skal respektere lovens rammer.¹⁰

De enkelte delelementer i retskildehierarkiet vil blive beskrevet nærmere i de følgende kapitler. Først beskrives selskabsloven i kapitel 3, omdrejningspunktet for dette kapitel vil være selskabsreformen 1) Hvilke centrale ændringer har reformen medført 2) En introduktion til det nye begrebsapparat 3) Koncerndefinitionen & koncernbegrebet 4) Reguleringen af ejerftalers retsstilling.

Herefter beskrives vedtægterne i kapitel 4, hvor følgende kort vil blive beskrevet 1) Vedtægternes formål 2) Punkter hvor vedtægterne adskiller sig fra ejerftaler 3) Minimumskravet til indholdet 4) Vedtægternes gyldighed.

Specialets del 2 afsluttes med en beskrivelse af ejerftalen i kapitel 5, hvor følgende vil blive beskrevet 1) Definitionen af en ejerftale 2) Hvorfor indgå en ejerftale 3) Ejerftalens betydning.

¹⁰Betænkning 1498/2008, s. 278

Selskabsloven

Lov nr. 470 af 12. juni 2009 bedre kendt som selskabsloven er resultatet af den omfattende modernisering af selskabsretten, som startede i oktober 2006, da et udvalg blev nedsat med det formål at modernisere den dagældende selskabslovgivning.¹¹ Resultatet af selskabsreformen blev som sagt selskabsloven, der er en sammenskrivning af aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven, og øverste i det selskabsretlige retskildehierarki. Sammenskrivningen skulle gerne medføre en forenkling for det enkelte selskab, blandt andet fordi en række formforskrifter er undladt i selskabsloven. Loven kan dog stadig ikke siges at være enkel med sine 375 paragraffer.¹²

3.1 Selskabsreformen

3.1.1 Formålet med reformen og centrale ændringer

Selskabsreformen i 2010 medførte en modernisering af selskabsretten, med det formålet at gøre dansk selskabsret mere konkurrencedygtigt på det internationale marked og ensarte reglerne for aktie- og anpartsselskaber.¹³

Af de centrale ændringer, der er sket i forbindelse med selskabsreformen kan blandt andet nævnes følgende¹⁴:

¹¹Betænkning 1498/2008, side 15

¹²Werlauff, Erik: Selskabsret (8. udgave), s. 40

¹³Werlauff, Erik: Selskabsret (8. udgave), s. 40

¹⁴Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 6f

- Nedsættelse af mindstekapitalkravet for anpartsselskaber fra 125.000 kr. til 80.000 kr., beløbet skal være fuldt indbetalt.
- Kun 25% af mindstekapitalkravet for aktieselskaber behøver at være indbetalt. Dog skal alle 100% af en eventuel overkurs være indbetalt, ligesom indbetalingskravet er 100% såfremt noget eller hele indbetalingen sker i form af apportindskud.
- Muligheden for, at bestyrelsen i et aktieselskab i løbet af året kan træffe beslutning om, at udlodde ekstraordinært udbytte, såfremt generalforsamlingen har givet bemyndigelse til dette.
- Ophævelsen af grænsen for erhvervelse af egne aktier (grænsen var tidligere 10%), ophævelse er blevet mulig efter ændringen af EU's kapitaldirektiv i 2006.
- Mulighed for selvfinansiering, såfremt visse betingelser er opfyldt. Dette er ligeledes på baggrund af ændringerne i EU's kapitaldirektiv i 2006, at der er åbnet op for denne mulighed.
- Samt forenkling af en række administrative forhold.

3.1.2 Indførelse af et nyt begrebsapparat

Udover, at selskabsreformen på en række punkter ændrede reglerne i forhold til f.eks. kapitalkrav og administrative forhold, blev der også introduceret en hel række nye begreber. Disse begreber er defineret i et helt nyt definitionsafsnit i selskabsloven, hvilket har medført store ændringer af det tidligere begrebsapparat.

I den tidligere aktieselskabslov og anpartsselskabslov var definitioner og begreber ikke nedskrevet i selve lovteksten, som det er tilfældet nu, men derimod i store træk dikteret af retspraksis. Disse definitioner er nu at finde i SL §§ 5-7.

SL § 5 indeholder et generelt definitionsafsnit med 26 underpunkter, de vigtigste af disse punkter, samt deres indhold, vil kort blive gennemgået.

- § 5, stk. 1, nr. 1 definerer et aktieselskab som et kapitalselskab, her menes også et partnerselskab, hvor indskudskapitalen er fordelt på aktier. Desuden slås det også fast, at den begrænsede hæftelse er gældende ved en sådan selskabsform.

- § 5, stk. 1, nr. 2 defineres et anpartsselskaber ligeledes som et kapitalselskab, hvor kapitalen i sagens natur er fordelt på anparter.
- § 5, stk. 1, nr. 3 omhandler datterselskaber. Der forelå allerede datterselskabsdefinitioner i AL § 2, stk. 1 og 3, og ApL § 3, stk. 1 og 3. Den nuværende definition er ikke helt identisk med de to foregående, da denne nu også åbner op for at dattervirksomheder også er omfattet.¹⁵
- § 5, stk. 1, nr. 4 og 5 definerer hvilke organer i kapitalselskaberne, der er henholdsvis det centrale og det øverste.
- § 5, stk. 1, nr. 6 behandler ejerftaler. Det er her defineret, at en ejerftale er en aftale, der regulerer ejer- og ledelsesforhold i selskabet og som er indgået af kapitalejerne. Begrebet som blev brugt til at beskrive disse aftaler før selskabsreformen var henholdsvis aktionæroverenskomst og anpartshaveroverenskomst. At disse nu omtales som ejerftaler ændrer ikke det ved det indhold, som udtrykkene har haft hidtidigt.¹⁶
- § 5, stk. 1, nr. 14 omhandler kapitalandele, som nu er den samlede betegnelse for både anparter og aktier. Ved differentiering benyttes de gamle definitioner dog stadig.¹⁷
- Det samme gør sig gældende i § 5, stk. 1, nr. 15 hvor anpartshavere og aktionærer nu også defineres samlet som kapitalejere, hvor reglerne er ens for disse.
- § 5, stk. 1, nr. 17 definerer et kapitalselskab som et anpartsselskab eller et aktieselskab, partnerselskaber er ligeledes omfattet af definitionen.
- § 5, stk. 1, nr. 18 beskriver, at en koncern opfattes som et moderselskabs og dets dattervirksomheder og henviser til SL §§ 6 og 7.
- § 5, stk. 1, nr. 19 definerer et medlem af ledelsen som værende et medlem af en direktion, en bestyrelse eller et tilsynsråd.
- § 5, stk. 1, nr. 20 definerer, at et moderselskab er et kapitalselskab, der har den bestemmende indflydelse over en eller flere dattervirksomheder, der henvises også til SL §§ 6 og 7.

¹⁵Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 6f

¹⁶Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 155f

¹⁷Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 155f

3.1.3 Koncerndefinitionen & koncernbegrebet

SL § 6 indeholder selskabslovens koncerndefinition. Af denne definition følger det, at en koncern består af et moderselskab med en eller flere dattervirksomheder. Det slås i bestemmelsen fast, at en virksomhed kun kan have ét moderselskab. Opfylder flere selskaber koncernbegrebet i SL § 7, er det selskabet, der besidder den reelle bestemmende indflydelse over virksomhedens økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være virksomhedens moderselskab.¹⁸

Den bestemmende indflydelse er defineret i SL § 7, hvor koncernbegrebet er opstillet. Denne nye koncerndefinition ændrer dog ikke meget ved forståelsen af, hvad der opfattes som en koncern set i forhold til før selskabsreformen. Det er fortsat den reelle bestemmende indflydelse der gør sig gældende når en koncernstruktur bestemmes. Én markant ændring er dog, at der i stedet for begrebet datterselskaber nu benyttes dattervirksomheder, hvilket må siges at være en bredere formulering.

SL § 7, stk. 2 omhandler en formodningsregel. Formodningsreglen dikterer, at såfremt et moderselskab ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i en dattervirksomhed, enten direkte eller igennem en dattervirksomhed, så er der tale om bestemmende indflydelse, medmindre andet kan bevises. Det skal her bemærkes, at der ligges vægt på stemmerettigheder og ikke kapitalandele, hvilket kan få betydning i de tilfælde, hvor der f.eks. er forskudte kapitalklasser.¹⁹

SL § 7, stk. 3 er en opsamlingsbestemmelse som opremser de måder, hvorpå man opnår bestemmende indflydelse selvom ovenstående krav om besiddelse af halvdelen af stemmerettighederne ikke er opfyldt.

Det følger SL § 7, stk. 3, nr. 1, at et moderselskab har bestemmende indflydelse, såfremt det råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne via en aftale med andre investorer. Det centrale i denne del af bestemmelse er ordet ”råderet”. Det er nok at moderselskabet råder over stemmerettighederne, det formelle ejerskab er uden betydning. Rådigheden kan omfatte enhver form, det kan eksempelvis være i en brugsret eller panteret. Som det fremgår af bestemmelsen skal stemmeflertallet være etableret via en aftale med andre investorer, hvilket eksempelvis kan ske i form af en ejerftale.²⁰ Hvorvidt dette er en korrekt antagelse,

¹⁸Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 158f

¹⁹Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 160f

²⁰Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 162f

bør der dog stilles spørgsmålstegn ved, eftersom SL § 82 direkte dikterer, at "Ejeraftaler ikke er bindende for kapitalselskabet og de beslutninger, der træffes på generalforsamlingen" og derfor ikke kan påvirke stemmeafgivningens eller afstemnings gyldighed.²¹

Hvor det i SL § 7, stk. 3, nr. 1 er nok, at have "råderet" over stemmeflertallet for at have bestemmende indflydelse, kræves det i SL § 7, stk. 3, nr. 2, at man har "beføjelse", ligesom det er tilfældet i SL § 7, stk. 3, nr. 3, til at udøve den bestemmende indflydelse. Denne forskel betyder, at den reelle bestemmende indflydelse ikke er tilstrækkelig, men også skal bestå retligt. SL § 7, stk. 3, nr. 2 omhandler de tilfælde, hvor den bestemmende indflydelse er baseret op grundlaget af en aftale med selskabet eller vedtægter, hvoraf det fremgår, at man har "beføjelse" til at styre selskabets finansielle og driftsmæssige forhold.²²

Har et selskab "beføjelse" til at udpege og afsætte det øverste ledelsesorgan, anses selskabet som værende moderselskab og besidde den bestemmende indflydelse, jf. SL § 7, stk. 3, nr.3. Det er ikke nok, at der foreligger en begrundet forventning om, at selskabet kan udnævne bestyrelsesflertallet, selskabet skal have en egentlig ret til dette.²³ Hvorudfra dette retskrav udspringer er som udgangspunkt underordnet, dog skal man, som nævnt ovenfor, være opmærksom på SL § 82.

SL § 7, stk. 3, nr. 4 tillægger det selskab, der besidder det faktiske stemmeflertal på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ, den bestemmende indflydelse og status som moderselskab. Er det eksempelvis tilstrækkeligt, set i forhold til tidligere generalforsamlinger, at have 40% af stemmerne for at opnå bestemmende indflydelse og et selskaber besidder mere end 40%, anses dette for at være moderselskab.²⁴

Det følger af SL § 7, stk. 4, at eksistensen og virkningen af potentielle stemmerettigheder, eksempelvis i form af tegningsretter eller købsoptioner på kapitalandele, der kan udnyttes eller konverteres nu og her, skal medregnes i forbindelse med opgørelsen af den bestemmende indflydelse. Formålet med denne del af SL § 7 er at sikre, at det er det reelle billede af kapitalselskabets ejerkreds, der danner grundlaget i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger et moder-datterforhold.

²¹Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 425

²²Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 164

²³Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 165

²⁴Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 166

I de tilfælde, hvor en dattervirksomhed selv besidder en del af stemmerettighederne, eller via af dens dattervirksomheder, skal disse ikke medregnes, når den bestemmende indflydelse skal fastlægges, jf. SL § 7, stk. 5.²⁵

Som beskrevet ovenfor, kan der opstå situationer, hvor flere selskaber besidder den bestemme indflydelse på baggrund af SL § 7. Såfremt det er tilfældet, skal der foretages en konkret vurdering af, hvilket selskab der besidder den reelle bestemmende indflydelse, da der ikke er nogen punkter i bestemmelsen der har forrang i forhold til andre.

3.1.4 Reguleringen af ejeraftalers retsstilling

Udover de allerede ovenfor nævnte centrale ændringer, som selskabsreformen har medført, medførte reformen ligeledes, at ejeraftalers retsstilling gik fra udelukkende at være reguleret på baggrund af retspraksis til også at være reguleret i selskabsloven, hvilket efter vores opfattelse har skabt en intern konflikt imellem SL § 7 og SL § 82.

Det er almindeligt kendt, at kapitalejerne indgår supplerende aftaler, som enten alle kapitalejerne eller blot en del af dem er en del af. Aftalerne kan i princippet regulere hvad som helst, dog forekommer det ofte at være følgende forhold, som kapitalejerne har ønsket at regulere: Stemmeforhold, indflydelse, strategiske dispositioner, overdragelse af kapitalandele, konfliktløsning m.v. Hvilken selskabsretlig betydning disse aftaler har, er forholdsvist svært at fastslå, da der blandt teoretikere er uenighed.²⁶ I betænkningen, der blev udarbejdet af Udvalget til Modernisering af Selskabsretten, gav udvalget udtryk for, at der var behov for at regulere dette i lovgivningen og foreslog i § 81 (§ 82 i den vedtagne lov) følgende formulering:

”Aftaler der er indgået mellem kapitalejere (kapitalejraftaler), er ikke bindende for de beslutninger, der træffes af generalforsamlingen.”

Udvalgets formulering blev dog ændret en anelse i selskabsloven, hvor følgende formulering er anvendt:

²⁵Werlauff, Erik m.fl.: Selskabsloven med kommentarer, s. 166

²⁶Betænkning 1498/2008, s. 278f

”Ejeraftaler er ikke bindende for kapital selskabet og de beslutninger, der træffes af generalforsamlingen.”

Om bestemmelsen har medført en nærmere forståelse af ejeraftaler retsstilling er beskrevet nærmere i kapitel 5 - Ejeraftalen, hvor bestemmelsens konflikt med selskabslovens koncernbegreb ligeledes er behandlet.

Vedtægterne

Vedtægterne udgør sammen med selskabslovgivningen retsgrundlaget for ethvert kapital-selskab. Vedtægterne er i princippet kapital-selskabets grundlov og indeholder den bagvedliggende konstitution og virkemåde, hvorudfra kapital-selskabet skal agere.²⁷ Derudover benyttes vedtægterne til at give aktietegnere (i forbindelse med stiftelsen), kapitalejere, kommende erhververe og tredjemænd indsigt i kapital-selskabets virkemåde og hvordan disse er stillet i forhold til kapital-selskabet.²⁸

I forhold til ejerftaler, adskiller vedtægterne sig på en række punkter. Et af de helt centrale punkter, hvor vedtægter adskiller sig fra ejerftaler, er ved, at ejerftaler kun binder aftaleparterne, hvorimod vedtægterne er universelt bindende for alle kapitalejerne, direktionen og bestyrelsen.²⁹ Derudover er et kapital-selskabs vedtægter i modsætning til ejerftaler offentligt tilgængelige. Dette gør sig gældende for alle selskaber, der er hjemmehørende inden for EU og er af samme type som de danske aktie- og anpartsselskaber, dette følger af 1. selskabsdirektivs (publicitetsdirektivet) art. 3.³⁰

4.1 Minimumskravet til indholdet

Vedtægter udfærdiges i forbindelse med kapital-selskabets stiftelse og er jf. SL § 25 en del af stiftelsesdokumentet. Udover vedtægterne skal stiftelsesdokumentet også indeholde nogle

²⁷Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret, s. 141

²⁸Werlauff, Erik: Selskabsretten, 7. udgave, s. 340

²⁹Nørgaard, Jørgen m.fl.: Vedtægter & aktionæroverenskomster, s. 14

³⁰Werlauff, Erik: Selskabsretten, 8. udgave, s. 355

minimumsoplysninger, der er beskrevet i SL §§ 26 og 27. For så vidt angår vedtægterne, er minimumskravene til disse beskrevet i SL §§ 28 og 29.³¹

Det følger af SL § 28 at følgende skal fremgå af vedtægterne:

1. Kapitalselskabets navn og eventuelle binavne.
2. Kapitalselskabets formål.
3. Selskabskapitalens størrelse og antallet af kapitalandele eller kapitalandelenes pålydende værdi.
4. Kapitalandelenes rettigheder.
5. Kapitalselskabets ledelsesorganer.
6. Indkaldelse til generalforsamling.
7. Kapitalselskabets regnskabsår.

Det er ikke længere et krav, at selskabet hjemsted fremgår af vedtægterne, dog skal virksomhedens adresse oplyses ved registreringen hos Erhvervs- og selskabsstyrelsen og i CVR-registeret.

Udover de i krav, der er nævnt i SL § 28, skal der jf. SL § 29 endvidere oplyses i vedtægterne om de beslutninger, der efter selskabsloven skal optages i vedtægterne. Hvilke beslutninger der er tale om fremgår ikke af SL § 29, men er overladt til den enkelte selv at finde frem til. Der er dog lidt hjælp at hente i forarbejderne til lovforslaget, hvorudfra det kan læses, at der er tale om følgende forhold³²:

1. Begrænsninger i ledelsesmedlemmers tegningsret.
2. Om generalforsamling kan eller skal afholdes på andre sprog end på dansk.
3. Elektronisk deltagelse i generalforsamling.
4. Anvendelse af elektronisk kommunikation mellem kapitalselskabet og kapitalejerne.
5. Særlige rettigheder for nogle kapitalandele.
6. Pligt for kapitalejerne til at lade kapitalselskabet eller andre indløse deres kapitalandele helt eller delvist.

³¹Werlauff, Erik: Selskabsretten, 8. udgave, s. 156

³²Betænkning 1498/2008, s. 623

7. Indskrænkninger i kapitalandelenes omsættelighed.
8. Kapitalejernes ret til at se ejerbogen.

Udover disse punkter, så fremgår det af SL § 29, at det seneste ophørstidspunkt for kapital-selskabet, skal være oplyst, hvis kapital-selskabets levetid er begrænset.

4.2 Vedtægternes gyldighed

Når vedtægterne er udfærdiget, skal de registreres i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvorefter de bliver offentliggjort i deres register og anses som offentliggjort for tredjemand, hvilket gør dem bindende fra registreringstidspunktet.³³ Vedtægterne kan som udgangspunkt kun ændres på kapital-selskabets generalforsamling, der kan dog forekomme tilfælde, hvor der kan foreligge en helt konkret bemyndigelse. Beslutes det at ændre et kapital-selskabs vedtægter er ændringerne gyldige fra det tidspunkt, hvor generalforsamlingen vedtager ændringen, det forudsættes dog, at vedtægtsændringen registreres, sker dette ikke er ændringen ikke selskabsretlig gyldig.³⁴

³³Christensen, Jan Schans: Kapital-selskaber: aktie- og anpartsselskabsret, s. 222f

³⁴Werlauff, Erik: Selskabsretten, 8. udgave, s. 355

Ejeraftalen

Formålet med dette kapitel er at give en introduktion til, hvad en ejeraftale er og redegøre for, hvordan disse er blevet anvendt tidligere, hvilken betydning de har haft og hvilken betydning, der er tænkt, at ejeraftaler skulle have efter selskabsreformens indførelse.

Inden for dansk ret gælder grundsætningen om aftalefrihed, hvor den enkelte frit kan vælge, hvordan man vil forpligte sig overfor andre via en aftale. Denne grundsætning må lidt anses som aftalefrihedens logiske død, eftersom man frit kan aftale, hvordan man vil fraskrive sig denne aftalefrihed. Det kan enten være ved at forpligte sig til at gøre noget eller undlade at gøre noget.³⁵ Selvom der er aftalefrihed i Danmark, har man fra lovgivers side valgt at lave præceptiv lovgivning, som kan begrænse retsvirkningerne af parternes aftale.³⁶ Udover, at aftaler naturligvis skal overholde lovgivningen, så er der også forskellige ugyldighedsregler, som kan påvirke aftalen, hvis disse ikke er overholdt. I de helt ekstreme ugyldighedstilfælde, hvor aftalen anses som ingenting, kalder man det for en nullitet – Der er her tale om så fatale tilfælde, at aftalen aldrig opnår virkning. Ser man bort fra de helt ekstreme tilfælde, er udgangspunktet, at de fleste ugyldighedsgrunde skal gøres gældende, sker dette ikke vil aftalen forsætte uforstyrret.³⁷

Før selskabsreformen blev indført, var ejeraftaler ikke reguleret på nogen måde inden for selskabsretten, men blot nævnt i den da gældende koncerndefinition i AL § 2, stk. 2, nr. 4.³⁸ Det er dog ikke længere tilfældet efter indførelsen af SL §§ 5 og 82, der henholdsvis definerer begrebet ejeraftaler og beskriver, hvordan selskabet skal forholde sig til ejeraftaler.

³⁵Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende aftaleret, s. 43

³⁶Lookofsky, Joseph m.fl.: Lærebog i obligationsret 1, s. 19

³⁷Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende aftaleret, s. 375

³⁸Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret, s. 151

5.1 Definitionen af en ejerftale

Ejerftaler eller aktionær- og anpartshaveroverenskomster, som de hed før indførelsen af selskabsreformen, er som nævnt ovenfor defineret i SL § 5, nr. 6. Jf. denne definition er ejerftaler:

“Aftale, der regulerer ejer- og ledelsesforhold i selskabet, og som er indgået mellem kapitalejere.”

Erik Werlauff anvender en lignende definition i sin bog *Selskabsretten* (6. udgave)³⁹:

”En aftale mellem to eller flere aktionærer/anpartshavere i et dansk eller udenlandsk selskab, hvorved disse regulerer udøvelsen af deres... forvaltningsmæssige beføjelser... økonomiske beføjelser... dispositions-mæssige beføjelser.”

De forvaltningsmæssige beføjelser er den indflydelse, som kapitalejerne har på selskabets forvaltning, såsom møde på generalforsamlingen og deres stemmeret. Kort sagt er de forvaltningsmæssige beføjelser ”magten”.⁴⁰

De økonomiske beføjelser er retten til udbytte, fondsaktier eller opløsningsprovenu i forhold til den andel, som kapitalejeren ejer af selskabets formue og dets afkast. De økonomiske beføjelser er altså retten til penge.⁴¹

Den sidste af de 3 beføjelser, som følger med ejerskabet af en kapitalandel i et selskab, er den dispositions-mæssige beføjelse, som giver kapitalejeren mulighed for selv at disponere over sine andele af selskabet. Med det menes der, at kapitalejeren har retten til selv at bestemme over sin andel, og kan sælge eller pantsætte den efter eget ønske.⁴²

Eksempler på forhold, som kan være reguleret i en ejerftale er:

- Stemme-forhold

³⁹Werlauff, Erik: *Selskabsretten*, 6. udgave, s. 381

⁴⁰Werlauff, Erik: *Selskabsretten*, 6. udgave, s. 381

⁴¹Werlauff, Erik: *Selskabsretten*, 6. udgave, s. 381

⁴²Werlauff, Erik: *Selskabsretten*, 6. udgave, s. 381

- Udbyttepolitik
- Fortegningsret
- Valg af bestyrelsesmedlemmer
- Minoritetsbeskyttelsesregler
- Ansættelse af direktionen

5.2 Hvorfor indgå en ejerftale

Som man kan se ovenfor, kan ejerftaler principielt angå alle forhold, som har med aktionærernes indbyrdes relationer eller deres forhold til selskabet at gøre.⁴³ Grunden til, at man vælger at regulere disse beføjelser i en ejerftale er blandt andet, at man ønsker at afparere det flertalsprincip, der glæder for kapitalselskaber og i stedet på nogle punkter indføre et princip om enstemmighed, ligesom det er tilfældet for interessentskaber.⁴⁴

Det er typisk i forbindelse med stiftelse af et selskab eller når der sker udskiftning blandt ejerne, at der indgås en ejerftale. I hvor stort omfang ejerftaler anvendes blandt kapitalejerne er svært at gøre rede for, men i de tilfælde, hvor en juridisk rådgiver er involveret, vil der typisk foreligge en ejerftale.⁴⁵

En anden grund til, at det oftere er hovedreglen end undtagelsen, at kapitalejernes forpligtigelser og reguleringer findes i ejerftalerne og ikke i vedtægterne skyldes muligvis, at ejerftaler ikke er offentlige på samme måde som vedtægterne. Derudover behøver alle kapitalejerne ikke være en del af ejerftalen, hvilket gør det muligt for en gruppe af kapitalejerne, at indgå aftaler uden at inddrage alle kapitalejerne i selskabet. At ejerftaler ikke er offentlige gør det dermed muligt at skjule interne relationer og aftaler mellem kapitalerne for de øvrige kapitalejere og omverdenen. I forhold til vedtægterne adskiller ejerftaler sig ved at være privatretlige aftaler, der er uafhængig af selskabslovgivningen. Derudover er der ikke nogen formkrav til denne type aftaler, ligesom det er tilfældet med vedtægterne, der skal indeholde nogle minimumsoplysninger og -reguleringer.⁴⁶

⁴³Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret, s. 151

⁴⁴Werlauff, Erik: Selskabsretten, 8. udgave, s. 369

⁴⁵Kruhl, Martin Christian: Ejerftaler, s. 45

⁴⁶Werlauff, Erik m.fl.: Vedtægter og ejerftaler, s. 55f

Som nævnt ovenfor er ejerftaler aftaler mellem kapitalejerne og ikke en aftale med selskabet, hvilket gjorde sig gældende både før og efter selskabsreformens indførelse. At selskabet ikke er en del af aftalen, blev slået fast i betænkning 540/1969 af et udvalg nedsat af det daværende Handelsministerium. Af betænkningen fremgår det:

”Endvidere bemærkes, at aktionæroverenskomster ligesom efter gældende praksis ikke skal forevises, idet selskabet ikke er part i disse overenskomster.”⁴⁷

Selvom udvalget kom frem til denne konklusion, blev dette ikke indskrevet i den da gældende aktieselskabslov. At selskabet ikke er part i aftalen må betyde, at dette ikke er bundet af denne, da aftaler følger grundsætningen om aftalers relativitet. At en aftale er relativ, betyder i praksis, at den kun skaber retsvirkning for de parter, som har indgået aftalen og dermed ikke tredjemand. Ligesom tredjemand ikke kan forpligtes uden selv at have afgivet en viljeserklæring, kan tredjemand ikke rejse noget krav på baggrund af en misligholdt aftale.⁴⁸

5.3 SL § 82

Selvom udvalget allerede tilbage i 1969 kom frem til, at selskaber ikke er part i aktionæroverenskomster, så var det først 30 år senere, da selskabslovgivningen blev moderniseret endnu en gang og SL § 82 blev vedtaget, at dette blev lovfæstet inden for selskabsretten. Af SL § 82 fremgår følgende:

”Ejerftaler er ikke bindende for kapitalsselskabet og de beslutninger, der træffes af generalforsamlingen.”

Formålet med at indsætte denne bestemmelse var i følge Udvalget til Modernisering af Selskabsretten, at skabe klarhed over retsstillingen og slå fast, at ejerftaler ikke er bindende for de beslutninger, som træffes på kapitalsselskabet generalforsamling.⁴⁹ Hvorvidt denne præcisering har været med til at skabe klarhed, kan der jo så stilles spørgsmålstegn ved.

⁴⁷Betænkning 540/1969, s. 183

⁴⁸Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende aftaleret, s. 114f

⁴⁹Betænkning 1498/2008, s. 840

5.4 Intern strid imellem SL § 7 og SL § 82?

I kølvandet på den præcisering er der dog muligvis opstået en intern strid imellem SL § 7 og SL § 82, som vi i det følgende vil behandle nærmere.

Som nævnt ovenfor var ejerftaler ikke reguleret på nogen måde inden for selskabsretten, men blot nævnt i AL § 2, stk. 2, nr. 4,⁵⁰ hvoraf følgende fremgik:

”4) er aktionær eller anpartshaver og på grundlag af aftale med andre aktionærer eller anpartshavere råder over flertallet af stemmerettighederne i selskabet eller”

Bestemmelsen er ikke helt identisk med SL § 7, stk. 3, nr. 1, der har følgende ordlyd:

”1) råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer,”

Formålet med begge bestemmelser er at statuere bestemmende indflydelse, såfremt et selskab besidder flertallet (mere end halvdelen) stemmerettighederne i et andet selskab via en aftale mere andre investorer. Såfremt der i SL § 7, stk. 3, nr. 1 er tale om ejerftaler (en aftale med en anden investor), ligesom det er tilfældet i AL § 2, stk. 2, nr. 4, må dette skabe en konflikt med SL § 82, da denne bestemmelse kan tilsidesætte disse.

5.4.1 Indførelsen af SL § 82

Da der ikke eksisterede bestemmelser omhandlende ejerftaler i de daværende aktie- og anpartsselskabslove forsøgte man med selskabsreformen, ifølge moderniseringsudvalget, at kodificere de regler som allerede var gældende inden indførelsen af § 82.⁵¹ Det er også denne holdning der gør, at moderniseringsudvalget ikke finder det nødvendigt med overgangsregler for de ejerftaler som allerede eksisterer. Udvalget er af den holdning, at de ejerftaler som sigter at opnå mere end de civile sanktioner, ved et brud på herpå, som følge af ændringerne blot må genforhandles for at få den ønskede effekt reetableret. Udvalget slår

⁵⁰ Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret, s. 151

⁵¹ Betænkning 1498/2008 s. 280

fast, at det aftaleretlige grundprincip om, at en aftale kun kan binde de involverede parter, også gør sig gældende, hvad angår ejerftaler.

Samtidig slår udvalget fast, at der har været tilfælde, hvor ejerftaler har bundet selskabet, selvom selskabet ikke har tiltrådt disse eller at ejerftalen på anden måde er indarbejdet i selskabets vedtægter.⁵² Der skal ifølge udvalget være en række, mere eller mindre håndfaste, krav der skal være opfyldt for at dette kan lade sig gøre, blandt andet skal samtlige kapitalejere have tilsluttet sig aftalen, den skal være tydelig for dem og sidst skal selskabets ledelse være bekendt med aftalens eksistens og dennes indhold. Denne holdning er dog ikke entydig i litteraturen, andre har været af den opfattelse, at også mindre krav til omstændighederne omkring kendskab og tilslutning til ejerftalen har statueret binding for selskabet.⁵³ Moderniseringsudvalget opbløder da også sin ellers meget hårde linie, da de tilføjer, at der kan være enkelte tilfælde, hvor ikke alle kapitalejere har været omfattet af en ejerftale, men stadig bundet selskabet. På baggrund heraf kan det fastslås, at det ifølge moderniseringsudvalget, den øvrige litteratur og retspraksis før selskabsreformen indførelse var muligt at opnå bestemmende indflydelse i koncernforhold på baggrund af en ejerftale, hvorvidt denne aftale skulle være tilsluttet og indholdet kendt af alle synes der dog ikke at være samme konsensus om.

5.4.2 Efter selskabsreformen

Retskildehierarkiet foreskriver, at selskabsloven står øverst, efterfulgt af selskabets vedtægter som ikke må stride med selskabsloven. Først herefter kan ejerftalen gøres gældende og kan derfor hverken være i strid med selskabsloven eller selskabets vedtægter. Dette system dikterer dermed, siden indførelsen af SL § 82, at en ejerftale ikke kan binde selskabet, hvis aftalen strider mod selskabsloven eller selskabets vedtægter og udelukker dermed, at man ved hjælp af en aftale kan omgå SL § 82's præceptivitet.⁵⁴

I forhold til det udgangspunktet, at der er bestemmende indflydelse og dermed koncernforbindelse i de tilfælde, hvor et selskab ejer over halvdelen af kapitalandelene i et andet selskab jf. SL § 7, stk. 2, hvis ikke andet er klart bevist, opstår der ingen midlertidig ingen problematik. Men efter denne ændring må der siges at være skabt et muligt tomrum for,

⁵²Som eksempel på dette har moderniseringsudvalget benyttet UfR 1996.1550H

⁵³Eksempelvis Erik Werlauff i UfR 2008B.207 og Eigil Lego Andersen i UfR 2008B.425

⁵⁴Betænkning 1498/2008 s. 281

hvordan bestemmende indflydelse fastslås ved koncernstrukturer i de tilfælde, hvor ingen af kapitalejerne alene besidder flertallet af stemmerettighederne og der ikke er forhold i vedtægterne, der medfører, at en af kapitalejerne tildeles den bestemmende indflydelse, SL § 7, stk. 3. Grunden til, at vi er af denne opfattelse er, at selvom der er indgået en aftale blandt samtlige kapitalejere, vil det som følge af SL § 82 kun have civile retlige følger, såfremt en kapitalejer stemmer imod sine forpligtelser i ejerftalen, og dermed som udgangspunkt grundet sagens natur kun have beskedne følger.⁵⁵ Dermed kan den forhenværende retspraksis, hvor en kapitalejer kunne opnå den bestemmende indflydelse på baggrund af en ejerftale, således der forelå et koncernforhold, ikke længere gøres gældende, såfremt aftalen misligholdes, såfremt den bestemmende indflydelse i SL § 7, stk. 3 skal vige i forhold til SL § 82

Der er her tale om en regelkrydsning indenfor samme lov. Måden, hvorpå en sådan problemstilling skal løses, findes der umiddelbart ikke ingen almindelige regler for, men afhænger af andre data. De to regler krydser som sagt hinanden og spørgsmålet er, hvilken der skal vige for den anden. Da det ikke er muligt at løse, konflikten ud fra en sproglig fortolkning eller logisk konstruktion, må besvarelsen bero på reglernes tilblivelseshistorie.⁵⁶ I betænkningen 1498/2008 er der opstillet en række punkter, der beskriver Udvalget til Modernisering af Selskabsrettens opgaver, heraf fremgår blandt andet følgende:

”Det er regeringens mål, at Danmark bliver et af verdens mest konkurrencedygtige samfund. Det kræver, at virksomhedernes rammevilkår er i verdensklasse. Som et led i sikringen af gode rammevilkår ønsker regeringen en enkel, klar og effektiv erhvervslovgivning, der er så let som mulig for erhvervslivet at administrere og efterleve.”⁵⁷

Formålet med SL § 7 er at implementere 2. direktiv art. 24 a, stk. 1, og Gennemsigtighedsdirektivet (2004/109/EF) art. 2,⁵⁸ hvorimod formålet med SL § 82 er at udrede uklarheden om ejerftalens selskabsretlige position.⁵⁹

⁵⁵Da det er svært at fastslå et egentligt tab af ikke at have den bestemmende indflydelse over selskabet længere, vil det ofte kun være ting som direktionsafsløning der kan ligges til grund for en eventuel erstatningssag.

⁵⁶Ross, Alf: Om ret og retfærdighed, s. 152f

⁵⁷Betænkning 1498/2008, s. 15

⁵⁸Betænkning 1498/2008, s. 746

⁵⁹Betænkning 1498/2008, s. 840

Ud fra den betragtning, at SL § 82 er med til at udrede en uklarhed inden for retspraksis og gør det lettere for erhvervslivet at administrere og efterleve selskabslovgivningen, samt SL § 7, udover at fastlægge den bestemmende, ”blot” har til formål at implementere og ensarte koncerndefinitionerne, mener vi, at dette taler for, at SL § 7 skal vige for SL § 82, såfremt der med begrebet ”en aftale med andre investorer” menes ejerftaler.

Del III

De danske sambeskatningsregler

Indledning

De danske sambeskatningsregler danner baggrunden for 3. del i specialet, som har til formål at beskrive sambeskatningsreglernes udvikling, samt give en beskrivelse af national og international sambeskatning og de regler der knytter sig hertil.

Først beskrives i kapitel 6 sambeskatningsreglernes udvikling med det formål at få en forståelse af, 1) hvordan reglerne er opstået og 2) hvordan de har udviklet sig til det regelsæt, der gælder i dag.

Herefter beskrives i kapitel 7 den nationale sambeskatning, 1) hvem er omfattet sambeskatningskredsen, 2) hvilket selskab er administrationselskab og 3) hvilke rettigheder og forpligtelser det medfører at være administrationselskab.

Efter at have beskrevet den nationale sambeskatning, gives der i kapitel 8 en introduktion til den internationale sambeskatning, da reglerne vedrørende dette også, såfremt der er valgt international sambeskatning, kan blive bragt i spil via en ejerftale, hvis man følger den praksis fra Skatterådet, som vil blive omtalt i specialets del 4.

Efter at have beskrevet reglerne vedrørende national og international sambeskatning, gives der i kapitel 9 og 10 en beskrivelse af SEL §§ 31 B og 31 C, der indeholder henholdsvis nogle særlige beføjelser, der er tillagt Skatterådet og selskabsskattelovens koncerndefinition. Særligt SEL § 31 C er her helt central, da fortolkningen af denne er afgørende, når den bestemmende indflydelse skal fastlægges.

Sambeskatningsreglernes udvikling

Sambeskatningsreglerne har til formål at gøre det muligt at overføre underskud mellem koncernforbundne selskaber. Det var først i 1960, da selskabsskatteloven blev indført, at sambeskatning blev lovfæstede. Bestemmelserne, der regulerer sambeskatningsregler, er at finde i selskabsskatteloven, hvilket har været tilfældet siden lovens vedtagelse i 1960.

Sambeskatningsreglerne er struktureret på følgende måde i selskabsskatteloven:

- SEL § 31 - National sambeskatning
- SEL § 31 A - International sambeskatning
- SEL § 31 B - Særlige beføjelser til Skatterådet
- SEL § 31 C - Koncerndefinitionen

6.1 Før indførelsen af selskabsskatteloven i 1960

I praksis har begrebet sambeskatning eksisteret lige siden statsskattelovens oprindelse i 1903. På daværende tidspunkt eksisterede der ikke en egentlig selskabsretlig lovgivning, hvilket gjorde det svært at afgøre, hvorvidt der var tale om et eller flere selskaber. I de situationer, hvor dette ikke kunne afgøres civilretligt, om der var tale om et eller flere selskaber, var det nærliggende også at overveje om disse skatteretligt skulle behandles som et selskab. Udgjorde selvstændige selskaber en fuldstændig økonomisk, administrativ og forretningsmæssig enhed, var man skatteretlig endda tilbøjelig til at se disse som et skattemæssigt subjekt (filialbetragtning), hvilket betød, at filialer blev behandlet ens uanset om de var

organiseret som forretningsfilialer eller selvstændige juridiske enheder. Dog blev der lidt fastere rammer ved indførelsen af aktieselskabsloven i 1917, selvom der forsat var en del uklarhed og man derfor valgte at forsætte med at tillade sambeskatning. Dette varede dog kun frem til 1922, hvor der i statsskatteloven blev indført datterselskabslempelse⁶⁰, hvilket betød, at en af de helt centrale fordele ved sambeskatningen, fritagelsen for dobbeltbeskatning, dermed lidt mistede sin betydning. Skattemyndighederne så dette som et tegn fra lovgivers side om, at de ulovfæstede sambeskatningsregler skulle ophøre. Dette skete dog først i 1930, da usikkerheden om reglerne blev fjernet i forbindelse med indførelsen af aktieselskabsregisteret. Højesteret underkendte dog dette i UfR 1936.715H, hvor det blev slået fast, at indførelsen af datterselskabslempelse ikke udelukkede sambeskatning mellem moder- og det 100% ejede datterselskab, som Højesteret kom frem til måtte udgøre en økonomisk enhed og også skulle behandles sådan i skattemæssig henseende. Dette blev fulgt op af UfR 1940.421H og UfR 1943.784H, hvor der i sidstnævnte og blev taget stilling til om et udenlandsk datterselskab sammen med et dansk moderselskab kunne udgøre en økonomisk enhed.⁶¹

Praksis herefter var, at der kunne gives tilladelse til sambeskatning, hvis følgende betingelser var opfyldt i forbindelse med ansøgningen:

- Skattemyndighederne gav tilladelse.
- Moderselskabet ejede 100% af aktiekapitalen i datterselskabet, hvor dette var et dansk selskab. (økonomisk enhed)
- Selskaberne skulle drive virksomheden i samme eller nærbeslægtede branche. (saglig enhed)
- Moderselskabets bestyrelse skulle have hovedindflydelsen i datterselskabet, dvs. besætte flertallet af bestyrelsesposterne i datterselskabet med bestyrelsesmedlemmer fra moderselskabet. (administrativ enhed)

Et af de helt store spørgsmål frem til vedtagelsen af selskabsskatteloven i 1960 var konsekvenserne af at træde ud af sambeskatningen.

⁶⁰Moderselskabets skat blev nedsat med den skat, der var betalt i forbindelse med udlodning af udbytte fra datterselskaber.

⁶¹Betænkning 1452/2004, s. 30f

6.2 Efter indførelsen af selskabsskatteloven i 1960

Da sambeskatningsreglerne blev lovfæstede i 1960 resulterede det ikke i nogen særlig ændringer, da reglerne byggede på retspraksis. Betingelserne for at kunne sambeskattes efter vedtagelsen af SEL § 31 var:⁶²

- Sambeskatning krævede tilladelse fra Ligningsrådet.
- Aktieselskaberne skulle have samme regnskabsår.
- Moderselskabet skulle direkte eller indirekte eje samtlige aktier i datterselskabet; medmindre datterselskabet var hjemmehørende i udlandet. I så fald skulle moderselskabet blot eje den del af aktierne, som efter lovgivningen i det pågældende land kunne ejes af danske selskaber.
- De nærmere vilkår for sambeskatningen - herunder bestemmelser om, hvorledes der skal gås frem i tilfælde af dennes ophævelse - blev fastsat af Ligningsrådet.

De nærmere vilkår om sambeskatning fremsatte Ligningsrådet i starten som anvisninger, dette var tilfældet frem til 1977, hvorefter anvisningerne blev afløst af et sambeskatningscirkulære. Den første anvisning indeholdt krav om fælles ledelse, hvilket blev opgivet efter noget tid, da kravet om 100% direkte eller indirekte ejerskab medførte kontrollen over selskabet i form af valg af bestyrelse og direktion. Med hensyn til branchefællesskabet varede det ved frem til skatteåret 1983/84, hvor dette bortfaldt. Man mente ikke der var grundlag for at bibeholde dette, eftersom der i praksis kun blev nægtet sambeskatning i de tilfælde, hvor selskabet havde karakter af hobbyvirksomhed. Med tiden har der været en tendens til, at Ligningsrådet er blevet mere tilbageholdende med at fastsætte betingelser og vilkår, hvilket har medført en øget lovregulering.⁶³

6.3 Sambeskatningsreformen i 2005

Indtil juni 2005 var det kun datterselskaber, der var ejet 100% direkte af et moderselskab eller indirekte via datterselskaber, som ligeledes indgik i sambeskatningen, der kunne sambeskattes. Dette blev ændret ved lov nr. 426 af 6. juni 2005, hvor den dagældende version

⁶²Betænkning 1452/2004, s. 31f

⁶³Betænkning 1452/2004, s. 32ff

af SEL § 31 blev erstattet med en ny, der indførte obligatorisk (tvungen) national sambeskatning. Udover den obligatoriske nationale sambeskatning indførtes der også ved lov nr. 426 af 6. juni 2005 globalpuljning, hvilket medfører, at såfremt der vælges international sambeskatning, skal alle datterselskaber, der falder ind under koncerndefinitionen i SEL § 31C omfattes af sambeskatningen. Siden reglerne er blevet lavet om, er de blevet kritiseret en del for at være i strid med EF-traktatens art. 43 og 48.⁶⁴

⁶⁴Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3, s. 285

National sambeskatning

SEL § 31 omhandler den nationale sambeskatning. I forhold til tidligere, må man sige, at de nye regler, som blev indført ved lov nr. 426 af 6. juni 2005, var særdeles indgribende. Hvor man tidligere kunne vælge at lade sig sambeskatte med et datterselskab, såfremt betingelserne og vilkårene var opfyldt, er dette nu ændret til at være obligatorisk.⁶⁵

7.1 Sambeskatningskredsen

Det følger af SEL § 31, at følgende koncernforbundne selskaber og foreninger m.v. er omfattet af den nationale sambeskatning:

- Indregistrerede aktie- og anpartsselskaber, SEL § 1, stk. 1, nr. 1.
- Andre selskaber, hvor deltagerne ikke hæfter personligt for selskabet og får fordelt overskuddet i forhold til deres indskudte kapital i selskabet, dog med undtagelse af selskaber, der er omfattet af SEL § 2 C og selskaber m.v. omfattet af § 3 i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, som ikke er omfattet af nr. 3, 3 a eller 4, SEL § 1, stk. 1, nr. 2.
- Sparekasser, andelskasser, sammenslutninger af andelskasser efter §§ 89-96 i lov om finansiel virksomhed og foreninger oprettet i henhold til § 207 i lov om finansiel virksomhed, SEL § 1, stk. 1, nr. 2 a.
- DSB, SEL § 1, stk. 1, nr. 2 d.

⁶⁵Røikjær Koue, Lars: SAMBESKATNING i teori og praksis, s. 17

- Elselskaber, hvorved i selskabsskatteloven forstås selskaber mv., i hvis aktiviteter indgår produktion, transport, handel eller levering af elektricitet uanset elselskabets organisationsform, undtaget er dog selskaber som producerer elektricitet på nødstrømsanlæg i de tilfælde, hvor den normale elforsyning svigter, SEL § 1, stk. 1, nr. 2 e.
- Kommuner, der driver netvirksomhed og øvrig virksomhed, som enten er omfattet af elforsyningslovens § 2, stk. 1, eller undtaget efter § 2, stk. 4, fra elforsyningslovens bestemmelser (elnæringsvirksomhed), SEL § 1, stk. 1, nr. 2 f.
- Energinet dk, SEL § 1, stk. 1, nr. 2 g.
- Vandforsyningsselskaber, der er omfattet af § 2, stk. 1, i lov om vandsektorens organisering og økonomiske forhold, og spildevandsforsyningsselskaber, hvorved i selskabsskatteloven forstås selskaber m.v., der for andre og mod betaling behandler og transporterer spildevand uanset vand- henholdsvis spildevandsforsyningsselskabets organisationsform, SEL § 1, stk. 1, nr. 2 h.
- Naviair, SEL § 1, stk. 1, nr. 2 i.
- Brugsforeninger der ikke er omfattet af nr. 3, SEL § 1, stk. 1, nr. 3 a.
- Foreninger, hvis formål er at fremme medlemmernes fælles erhvervsmæssige interesser gennem deres deltagelse i foreningens virksomhed som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde, og som ikke er omfattet af nr. 2, 3 eller 3 a, SEL § 1, stk. 1, nr. 4.
- Gensidige forsikringsforeninger, der ikke er omfattet af §§ 294-303 i lov om finansiel virksomhed, medmindre den gensidige forsikringsforening udelukkende driver sygeforsikringsvirksomhed og told- og skatteforvaltningen har truffet bestemmelse om, at den pågældende forsikringsforening er omfattet af nr. 6, samt selskaber, foreninger mv., der er opstået ved ændring af en gensidig forsikringsforening, efter at denne har overdraget sin forsikringsvirksomhed, jf. § 14 d i fusionsskatteloven, og som ikke er omfattet af nr. 1, nr. 2 eller fondsbeskatningsloven, SEL § 1, stk. 1, nr. 5.
- Fonde og foreninger som nævnt i §§ 214-216 i lov om finansiel virksomhed, KommuneKredit og Dansk Eksportfinansieringsfond, SEL § 1, stk. 1, nr. 5 b.
- Selskaber og foreninger mv. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de udøver et erhverv med fast driftssted her i landet, SEL § 2, stk. 1, litra a.

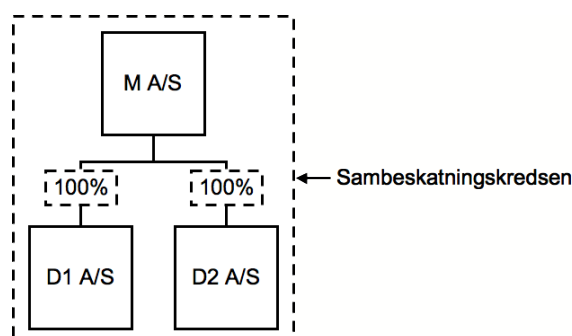
- Selskaber og foreninger mv. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de oppebærer indtægt af en her i landet beliggende fast ejendom. Skattepligten omfatter endvidere fortjeneste ved afståelse af fast ejendom omfattet af ejendomsavancebeskatningsloven eller afskrivningslovens § 21, SEL § 2, stk. 1, litra b.
- Selskaber, selvejende institutioner og foreninger mv., der ikke er omfattet af reglerne i selskabsskattelovens §§ 1 eller 2 eller i § 1 i fondsbeskatningsloven om skattepligt, og som oppebærer indtægt, der er omfattet af kulbrinteskatteloven, KBSL § 21, stk. 4.

Sammenslutningen af disse koncernforbundne selskaber og foreninger m.v. benævnes sambeskatningskredsen. Danske selskabers faste driftssteder og faste ejendomme i udlandet er ikke del af sambeskatningskredsen, da disse følger territorialprincippet i SEL § 8, stk. 2, hvilket betyder, at de ikke er skattepligtige i Danmark og derfor ikke er omfattet af SEL § 31. Anden indkomst såsom royalties, renter, erhvervsindkomst, der ikke hidrører fra udenlandske faste driftssteder, indkomst ved international skibs- og luftfartsvirksomhed, samt positiv CFC-indkomst omfattes dog stadigvæk.⁶⁶ Vælges der international sambeskatning, bryder dette dog med territorialprincippet, hvilket er beskrevet nærmere i Kapitel 8 - International sambeskatning. Helt forenklet beskrevet er det den virksomhed, der udøves fra dansk territorium, der er omfattet af den nationale sambeskatning, forudsat, at der er koncernforbindelse, jf. SEL § 31 C. Hvornår der er koncernforbindelse er beskrevet nærmere nedenfor i Kapitel 10 – Selskabsskattelovens koncerndefinition.⁶⁷

I figur 7.1 er vist, hvordan sambeskatningskredsen ser ud, såfremt moderselskabet er et dansk selskab med bestemmende indflydelse.

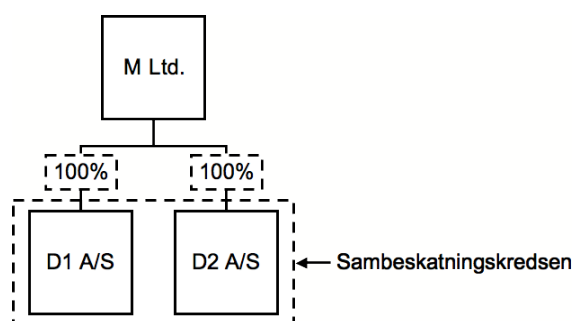
⁶⁶Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3, s. 285f

⁶⁷Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3, s. 285



Figur 7.1: Koncern med ultimativt dansk moderselskab

Er moderselskabet ikke dansk men et udenlandsk selskab, indgår dette ikke i sambeskatningskredsen. Dette ændrer dog ikke ved, at de to datterselskaber skal sambeskattes som vist i figur 7.2.

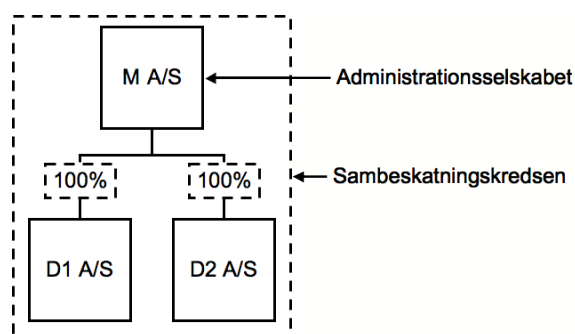


Figur 7.2: Koncern med ultimativt udenlandsk moderselskab

7.2 Udpegelse af administrationsselskab

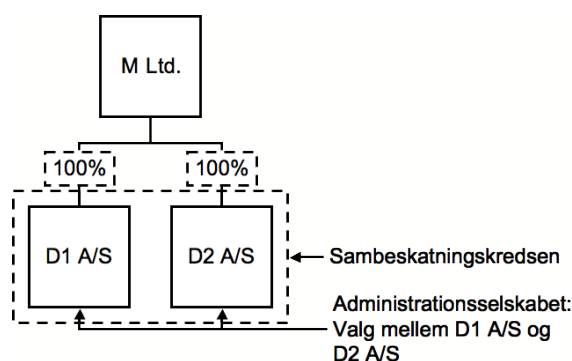
Efter at have fastlagt sambeskatningskredsen udpeges der et administrationsselskab. Administrations-selskabet er sambeskatningskredsen's omdrejningspunkt og forbindelse i forhold til skattemyndighederne. Hvordan administrations-selskabet udpeges er beskrevet i SEL § 31, stk. 4.⁶⁸ Som udgangspunkt er det øverste danske moderselskab, som deltager i sambeskatningen, der udpeges som administrations-selskab, se figur 7.3.

⁶⁸Røijkjær Koue, Lars: SAMBESKATNING i teori og praksis, s. 31



Figur 7.3: Sambeskatningskredsen med M A/S (det ultimative danske moderselskab) som administrationsselskab

Findes der ikke et dansk skattepligtigt moderselskab, men derimod flere sideordnede søsterselskaber, skal valget ske mellem et af disse selskaber, se figur 7.4.



Figur 7.4: Både D1 A/S og D2 A/S kan udpeges som administrationsselskab, da der ikke er noget ultimativt moderselskab inden for sambeskatningskredsen

Hvilket selskab der udpeges som administrationsselskab er af afgørende betydning, da dette indebærer en række forpligtigelser.

7.3 Administrationsselskabets rettigheder og forpligtigelser

Som nævnt ovenfor er administrationsselskabet sambeskatningskredsens ansigt ud af til, hvilket betyder, at det er administrationsselskabet, der står for koncernens afregning af skattebetalinger m.v. i forhold til skattemyndighederne og omvendt kan skattemyndighe-

derne med frigørende virkning afregne sambeskatningskredsens overskydende skat m.v. med administrationsselskabet.⁶⁹ Administrationsselskaber hæfter dog kun for den indkomstskat, som dette allerede har afregnet med de øvrige selskaber i sambeskatningskredsen, jf. SEL § 31, stk. 4, 11. pkt. hvoraf det fremgår, at administrationsselskabet først overtager hæftelsen overfor skattemyndighederne, når dette modtager den i SEL § 31, stk. 6 nævnte betaling af indkomstskatten m.v.. Indtil da hæfter hvert enkelt selskab for den del af indkomstskatten m.v., som fordeles til selskabet, jf. SEL § 31, stk. 4, 10. pkt..

De forpligtigelser, som administrationsselskabet, pådrages i forhold til sambeskatningskredsen er blandt andet at stå for den løbende og endelige fordeling af skattebetalingen på de enkelte koncernselskaber. Derudover er administrationsselskabet forpligtet til at stå for formidlingen af sambeskatningsbidragene mellem selskaberne. Såfremt et af sambeskatningskredsens selskaber udnytter et andre de selskabers underskud, skal der betales en godtgørelse, der svarer til den i SEL § 17, stk. 1 nævnte procent af det udnyttede underskuddet (skatteværdien) for underskudsudnyttelsen. Det følger af SEL § 31, stk. 6, at det er administrationsselskabet, der skal betale denne godtgørelse og efterfølgende afregne den betalte godtgørelse med det selskab, der udnytter underskuddet. Det har dog siden 2007 været muligt at undlade denne betaling til og fra administrationsselskabet, såfremt selskabet, der har udnyttet underskuddet, selv har betalt godtgørelse til underskudsselskabet.⁷⁰

Udover de allerede ovenfor nævnte forpligtigelser, skal administrationsselskabet jf. sambeskatningsbekendtgørelsens (Bekendtgørelse nr. 996 af 26. september 2006) §§ 3, 6 og 7 indsende følgende oplysninger sammen med selvangivelsen⁷¹:

- Hvilket selskab i sambeskatningskredsen, der er administrationsselskab, jf. § 3.
- Redegørelse for koncernen, herunder hvilke selskaber, der indgår i sambeskatningen og hvilke selskaber der ikke indgår, samt baggrunden herfor, jf. § 6, stk. 1.
- Baggrunden for, at der er uoverensstemmelse mellem de selskaber m.v., der indgår i koncernregnskabet, og de selskaber m.v., der indgår i sambeskatningen, såfremt dette er tilfældet, jf. § 6, stk. 2.

⁶⁹Røikjær Koue, Lars: SAMBESKATNING i teori og praksis, s. 31

⁷⁰Røikjær Koue, Lars: SAMBESKATNING i teori og praksis, s. 31

⁷¹Røikjær Koue, Lars: SAMBESKATNING i teori og praksis, s. 35f

- Såfremt de i § 6, stk. 1 og 2 nævnte oplysninger fremgår af en årsrapport modtaget af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, kan administrationselskabet undlade at indsende disse oplysninger, jf. § 6, stk. 3.
- Hvordan over- og underskud er fordelt inden for sambeskatningskredsen, samt meddelelse om fremførelsesberettigede underskud for de enkelte selskaber m.v., jf § 7, stk. 1.
- Hvis der er valgt at se bort fra underskud, skal der også indgives meddelelse for hvert selskab herom, hvoraf det skal fremgå, den anvendte bestemmelse (eksempelvis SEL § 31, stk. 7), en opgørelse af beløbet, der ses bort fra, og som fremføres efter LL § 15.

Udpeges der et nyt administrationselskab, skal dette jf. sambeskatningsbekendtgørelsens § 2, stk. 4 og § 4 hurtigst muligt efter udpegningen give meddelelse om udpegningen og datoen for dets indtræden. Det samme gør sig gældende, såfremt der ind- eller udtræder et selskab, jf. sambeskatningsbekendtgørelsens § 2, stk. 5 og § 5, meddelelsen skal indeholde datoen for det pågældende selskabs ind-/udtræden, samt den indkomstperiode, som skal medregnes i sambeskatningsoverenskomsten.

International sambeskatning

Regler om international sambeskatning er reguleret i SEL § 31 A. I modsætning til den nationale sambeskatning, hvor der er tale om en tvungen national sambeskatning, er international sambeskatning frivillig jf. SEL § 31 A, stk. 1.⁷² Nedenfor er kort gengivet, hvad international sambeskatning indebærer.

8.1 Valget af international sambeskatning og sambeskatningskredsen

Det følger af SEL § 31 A, stk. 1, at det er det ultimative moderselskab,⁷³ der kan vælge, at sambeskatningskredsen, udover at omfatte de allerede sambeskattede selskaber efter SEL § 31, ligeledes skal omfatte udenlandske koncernforbundne selskaber og foreninger m.v., i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagerens indskudte kapital. Det er kun de enheder i koncernen, der opfattes som selvstændige skattesubjekter efter dansk ret, der omfattes af sambeskatningskredsen, hvordan de beskattes i det land, hvor de er hjemmehørende er uden betydning.⁷⁴ Det følger ligeledes af SEL § 31 A, stk. 1, at udenlandske faste driftssteder og faste ejendomme omfattes af den internationale sambeskatning, uanset om det er et dansk eller udenlandsk selskab, der er ejer, hvilket betyder, at globalpuljeprikket i SEL § 31 A, stk. 1 bryder med territorialprincippet i SEL § 8, stk. 2. Det er dog stadigvæk en

⁷²Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3, s. 286

⁷³Det er uden betydning om det ultimative moderselskab er hjemmehørende i Danmark eller udlandet.

⁷⁴Røikjær Koue, Lars: SAMBESKATNING i teori og praksis, s. 88

forudsætning, at der er koncernforbindelse efter SEL § 31C, hvornår dette er tilfældet se Kapitel 10 – Selskabsskattelovens koncerndefinition.⁷⁵

Såfremt det ultimative moderselskab vælger, at det og de koncernforbundne selskaber skal indtræde i en international sambeskatning, medfører det, at moderselskabet bliver bundet af dette i 10 år, jf. SEL § 31 A, stk. 3 og samtidig indtræder som administrationselskab, jf. SEL § 31 A, stk. 4.

8.2 Konsekvenserne ved at vælge international sambeskatning

Konsekvensen ved at vælge international sambeskatning er, at selskaber indenfor sambeskatningskredsen, både de over- og underskudsgivende, skal udarbejde en indkomstopgørelse, der følger den danske skattelovgivning og lade sig beskatte med danske selskabsskattesatser. Som udgangspunkt har det ikke nogen betydning for et udenlandsk selskabs beskatningsforhold i domicillandet, da det udenlandske selskab skal ligesom de øvrige selskaber i domicillandet opgøre og selvangive sin indkomst efter sit domicillands skatteregler. Da dette medfører en dobbeltbeskatning, kan det udenlandske selskab kræve lempelse efter almindelig credit-metode i LL § 33, hvilket betyder at der maksimalt kan ske nedslag i den danske skat svarende til den skat, der er betalt i udlandet. Er der derimod tale om et udenlandsk fast driftssted, kan der kræves lempelse efter en evt. dobbeltbeskatningsoverenskomst eller LL § 33.⁷⁶ Grunden til, at der ikke kan opnås lempelse efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst i de tilfælde, hvor det drejer sig om et udenlandsk selskab er, at dobbeltbeskatningsoverenskomsterne ikke omfatter disse selskaber, da der er tale om udenlandske selvstændige skattesubjekter.

At der skal udarbejdes en dansk indkomstopgørelse for hvert selskab i sambeskatningskredsen medfører ligeledes, at indgangsværdier og anskaffelsestidspunkter for aktiver og passiver skal fastlægges i forbindelse med påbegyndelsen af den internationale sambeskatning. Dette sker med det formål at eliminere de afvigelser, der optræder i det udenlandske selskabs domicillands skattesystem i forhold til, hvordan værdiansættelses-, afskrivningsreglerne osv. er i det danske skattesystem. Det samme gør sig gældende for danske selskabers udenland-

⁷⁵Werlauff, Erik: Selskabsskatteret 2009/10, s. 329

⁷⁶Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3, s. 286f

ske faste driftssteder og faste ejendomme, da disse i kraft af globalpuljeprincippet ikke længere er omfattet af territorialprincippet.⁷⁷

Udover de allerede ovenfor nævnte konsekvenser der er forbundet med en indtræden i en international sambeskatning, indeholder SEL § 31 A også nogle særlige genbeskatningsregler. Hvilke konsekvenser disse har, vil kort blive beskrevet straks nedenfor.

8.2.1 Genbeskatning

Formålet med genbeskatningsreglerne er at gøre de internationale sambeskatningsregler til en skattecredit i de tilfælde, hvor udenlandske enheder giver underskud. Reglerne træder i kraft, hvis de fratrukne underskud ikke er indtægtsført løbende med, at der kommer overskud eller den internationale sambeskatning afbrydes.⁷⁸

Dette er eksempelvis tilfældet når:

1. Bindingsperioden udløber og der ikke er genvalgt international sambeskatning.
2. Enheder sælges ud af koncernen.
3. Der sker afbrydelse af den internationale sambeskatning før bindingsperiodens udløb.

I de tilfælde, hvor der sker en afbrydelse af den internationale sambeskatning, fordi bindingsperioden er udløbet, sker der en ordinær genbeskatning, som betyder, at det danske administrationsselskabs indkomst forhøjes med et beløb, der er lig den fortjeneste, som virksomheden ville have opbåret i forbindelse med sin likvidation. Ordinær genbeskatning indtræder ligeledes i de tilfælde, hvor et udenlandsk selskab eller et dansk selskab med fast driftssted eller fast ejendom i udlandet ikke længere indgår i koncernen. Dette kan eksempelvis være ved salg til tredjemand eller via en fusion, der medfører, at moderselskabet ikke længere besidder den bestemmende indflydelse.⁷⁹

Såfremt den internationale sambeskatning afbrydes inden bindingsperiodens udløb, sker der dog fuld genbeskatning, jf. SEL § 31 A, stk. 3, jf. stk. 11. Den fulde genbeskatning medfører, at administrationsselskabets indkomst forhøjes i det indkomstår, hvor den internationale

⁷⁷Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3, s. 287f

⁷⁸Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3, s. 290f

⁷⁹Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3, s. 291

sambeskatning afbrydes, med et beløb svarende til alle eksisterende genbeskatningssaldi divideret med den i SEL § 17, stk. 1 nævnte selskabsskattesats, samt de i LL § 33 D nævnte genbeskatningssaldi.⁸⁰

⁸⁰Winther-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3, s. 291f

Skatterådets særlige beføjelser

I SEL § 31 B er Skatterådet tillagt en række beføjelser, der tidligere var tillagt Ligningsrådet, der blev afløst af Skatterådet den 1. november 2005, som et led i strukturreformen.

Af SEL § 31 B, stk. 1 fremgår det, at Skatterådet har beføjelse til følgende⁸¹:

- At fastsætte hvorledes der skal handles ved ind- og udtræden af sambeskatning.
- At kunne fastsætte særlige regler for, hvordan man omregner fra fremmed valuta til danske kroner i forbindelse med etableringen af international sambeskatning.
- At give tilladelse til, at omlægning af indkomståret ved etablering af koncernforbindelsen sker på anden måde end foreskrevet i § 10, stk. 5, hvis administrative hensyn til selskaberne taler herfor og der ikke opnås særlige skattemæssige fordele herved. Skatterådet kan beslutte, at denne kompetence om omlægning af indkomstår kan tilfalde SKAT.
- Fastlæggelse af hvilke oplysninger, der er af betydning i forbindelse med skatteansættelsen eller skatteberegningen og som selvangivelsen skal indeholde, udover de allerede i stk. 2 nævnte oplysninger, såfremt dette anmodes.
- At fastsætte regler for administrationselskabets oplysnings- og dokumentationspligt efter SKL § 3 B vedrørende kontrollerede transaktioner mellem sambeskattede selskaber.

⁸¹Ligningsvejledningen S.D.4.3.2 Bemyndigelse til Skatterådet

Udover, at Skatterådet i SEL § 31 B er fastlagt en række beføjelser, fastlægges det også i bestemmelsen, at administrationsselskabet i forbindelse med rettidig selvangivelse skal fremlægge de oplysninger, der er nødvendige for, at der kan føres kontrol med ejerforholdene i det ultimative moderselskab og i koncernens andre selskaber, dette følger af SEL § 31 B, stk. 2, 1. pkt.. Derudover skal selvangivelsen af sambeskatningsindkomsten indeholde en opgørelse af genbeskatningssaldi, jf. § 31 A, stk. 10, 3. pkt., og stk. 12.⁸² Såfremt der ikke fremlægges de tilstrækkelige oplysninger, kan Skatterådet efter indstilling fra SKAT afbryde den internationale sambeskatning, hvilket medfører fuld genbeskatning fra og med det indkomstår, hvor der ikke er fremlagt tilstrækkelige oplysninger.⁸³

⁸²SEL § 31 B, stk. 2, 2. pkt.

⁸³SEL § 31 B, stk. 3

Selskabsskattelovens koncerndefinition

Som nævnt ovenfor er det en forudsætning, at der er koncernforbindelse før, at SEL §§ 31 og 31 A medfører tvungen national sambeskatning eller kan medføre international sambeskatning. Hvornår denne koncernforbindelse foreligger er beskrevet i SEL § 31 C, der har følgende ordlyd:

”Et selskab, en fond, en trust eller en forening m.v. (moderselskabet) udgør sammen med et eller flere datterselskaber en koncern. Et selskab kan kun have ét direkte moderselskab. Hvis flere selskaber opfylder et eller flere af kriterierne i stk. 2-6, er det alene det selskab, som faktisk udøver den bestemmende indflydelse over selskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være moderselskab.

Stk.2. Bestemmende indflydelse er beføjelsen til at styre et datterselskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger.

Stk.3. Bestemmende indflydelse i forhold til et datterselskab foreligger, når moderselskabet direkte eller indirekte gennem et datterselskab ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, medmindre det i særlige tilfælde klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse.

Stk.4. Ejer et moderselskab ikke mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, foreligger der bestemmende indflydelse, hvis moderselskabet har

- 1) råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale

med andre investorer,

2) beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i et selskab i henhold til en vedtægt eller aftale,

3) beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på selskabet eller

4) råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over selskabet.

Stk.5. Eksistensen og virkningen af potentielle stemmerettigheder, herunder tegningsretter og købsoptioner på kapitalandele, som aktuelt kan udnyttes eller konverteres, skal tages i betragtning ved vurderingen af, om et selskab har bestemmende indflydelse.

Stk.6. Ved opgørelsen af stemmerettigheder i et datterselskab ses der bort fra stemmerettigheder, som knytter sig til kapitalandele, der besiddes af datterselskabet selv eller dets datterselskaber.

Stk.7. Et selskab skal holdes ude af sambeskatningen, hvis der er fradraget eller vil kunne fradrages tab på fordringer mod selskabet efter kursgevinstlovens § 4, stk. 5, af et koncernforbundet selskab.

Stk.8. Et selskab, der tages under konkursbehandling, skal holdes ude af sambeskatningen fra og med det indkomstår, hvori konkursdekretet afsiges. Ved ophøret af sambeskatningen finder § 31 A, stk. 10, anvendelse.”

Som det ses, er der konformitet imellem SEL § 31 C og SL §§ 6 og 7, hvilket skyldes, at bestemmelsen blev ændret i forbindelse med selskabsreformen således, at der anvendes en ensartet definition i selskabsskatteloven, årsregnskabsloven og selskabsloven. At der anvendes en konform definition medfører for en række selskaber den fordel, at administrations-selskabet allerede besidder de fornødne oplysninger, som dette skal anvende i forbindelse med opgørelse af sambeskatningsindkomsten, da administrations-selskabet har modtaget oplysningerne til at udarbejde koncernregnskabet. Det er dog ikke alle selskaber, der opnår denne fordel, da det ikke er et krav i alle regnskabsklasser, at der skal udarbejdes et koncernregnskab.⁸⁴

⁸⁴Werlauff, Erik: Selskabsskatteret 2009/10, s. 311

Eftersom vi allerede ovenfor i kapitel 3 har beskrevet SL §§ 6 og 7, der svarer til SEL § 31C, stk. 1-6, vil vi ikke beskrive denne del af bestemmelsen yderligere. På trods af adskillige lighedstræk adskiller SEL § 31 C sig dog en anelse i forhold til SL §§ 6 og 7, her tænkes på SEL § 31 C, stk. 7 og 8.

Af SEL § 31 C, stk. 7 fremgår det, at de selskaber, hvori der er fradraget eller kan fradrages tab på fordringer mod selskabet efter KGL § 4, stk. 5 af et koncernforbundet selskab, ikke er omfattet af sambeskatningen. Undtagelsen omfatter udelukkende pengeneringsdrivende kreditorer, hvor koncernforbindelsen først etableres når kreditoren overtager debitorselskabet. Udover dette skal hensigten med overtagelsen være enten afvikling af allerede ydede lån eller medvirken ved omstrukturering af virksomheden. Der må udelukkende være tale om en midlertidig drift af virksomheden, hvorudfra det må kunne konkluderes, at koncernforbindelsen udelukkende er af midlertidig karakter.⁸⁵

Ligesom SEL § 31, stk. 7 indeholder en undtagelse, der medfører, at det ikke er alle selskaber, der indgår i sambeskatningen, gør det sig også gældende for SEL § 31 C, stk. 8, hvoraf det fremgår, at et selskab, der er under konkursbehandling ikke er en del af sambeskatning fra og med det indkomstår, hvori der afsiges konkursdekret. Ved ophøret sker der ordinær genbeskatning, jf. SEL § 31 A, stk. 10, ligesom det ville have været tilfælde, såfremt virksomheden var blevet solgt fra. Bestemmelsen har tidligere været placeret i KKSL § 4, stk. 3, men blev flyttet i forbindelse med vedtagelsen af lov nr. 335 af 7. maj 2008, således at bestemmelsen nu omfatter en hver konkurs og ikke kun konkurser omfattet af de nordiske konkursregler, som det den gang var tilfældet.⁸⁶

Den nugældende koncerndefinition minder i store træk om den tidligere udgave, men indeholder dog forskelle. En hel central ændring er, at den nye koncerndefinition, ved vurderingen af om der foreligger bestemmende indflydelse i et selskab, tillægger den reelle bestemmende indflydelse afgørende betydning. Det er ikke længere afgørende, hvem der ejer flertallet af stemmerettighederne, da det er tilstrækkeligt, at moderselskaber har råderetten over mere halvdelen af stemmerettigheder i kraft af en aftale men en eller flere af de øvrige investorer.⁸⁷ Dette princip om, at man ikke behøver besidde stemmerettighederne, men blot skal råde over dem, bryder med SKM 2009.388.LSR, hvilket vil blive kommenteret nærmere nedenfor.

⁸⁵Kursgevinstlovens § 4, stk. 5

⁸⁶SKM 2007.419.LSR

⁸⁷Bemærkningerne til § 7 i L 170 – Forslag til lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)

Del IV

Retspraksis

Indledning

I denne del af specialet undersøges det, hvilken betydning ejeraftaler bliver tillagt efter selskabsreformens ændringer. Dette sker ved at analysere den retspraksis, som har fulgt efter ændringernes ikrafttræden.

Fælles for den retspraksis som har fulgt i kølvandet på reformen er, at der indtil videre kun er tale om administrative afgørelser i form af bindende svar fra Skatterådet. Derimod er det vidt forskelligt, hvilken rolle ejeraftalerne har i de forskellige sager.

I den første sag SKM 2010.209.SR besidder en af kapitalejerne 75% af kapitalandelene og en anden 25% i selskabet C A/S, hvilket som udgangspunkt statuere bestemmende indflydelse, da en af kapitalejerne ejer mere end halvdelen af stemmerne. Ejeraftalen fastlægger i form af nogle vetorettigheder, at ingen af kapitalejerne besidder den bestemmende indflydelse og er dermed til at påvise, at ejerforholdet ikke udgør den reelle bestemmende indflydelse.

Lige modsat gør det sig gældende i SKM 2010.687.SR, hvor ingen af kapitalejerne besidder mere end halvdelen af kapitalandele, men har aftalt i en ejerftale, at en af kapitalejerne har ret til at udpege 2 af 3 bestyrelsesmedlemmer og dermed har den bestemmende indflydelse i C ApS.

Ligesom i SKM 2010.209.SR er det i SKM 2011.42.SR nogle vetorettigheder, der er fastlagt i en ejerftale, der er omdrejningspunkt i vurderingen af om der foreligger bestemmende indflydelse eller ej. Sagen adskiller sig dog fra SKM 2010.209.SR ved, at vetorettigheder ikke er af lige så vidtgående karakter.

Den sidst sag, som vi har valgt at analysere nærmere er SKM 2011.82.SR. I forhold til de allerede ovenfor nævnte sager, adskiller denne sig ved, at der stilles spørgsmål vedrørende nogle låneforhold, som spørgeren mener, statuere bestemmende indflydelse på baggrund af lånevilkårene.

Specialets del 4 afsluttes med en sammenfatning af den beskrevne retspraksis.

Beskrivelse af retspraksis

11.1 SKM 2010.209.SR

11.1.1 De faktiske omstændigheder

SKM 2010.209.SR er afgivet inden selskabsreformens ikrafttræden, men da ændringerne er berørt i svaret og sagen har haft retskildeværdi for flere af de senere afsagte kendelser finder vi, at den har relevans.

Sagen omhandler fire selskaber: A, B og D ApS samt C A/S, hvor A ejer 75% af stemmerettighederne og kapitalen i B og C, mens D ejer de resterende 25%.

A og D har indgået en aktionæroverenskomst, hvori de har aftalt, at ingen af de to kapitalejere har bestemmende indflydelse i B og C. Såfremt, at der er uoverensstemmelser, de to parter imellem, i forbindelse med en beslutning er det en tredje part (selskabets advokat), der har den udslagsgivende stemme. Overenskomsten er kontinuerligt blevet opdateret siden den første vedtagelse i 1995.

Da der ikke har været et selskab, der har været i besiddelse af den bestemmende indflydelse grundet den føromtalt klausul i overenskomsten, har det været opfattelsen, at der ikke har kunnet statueres sambeskatning imellem nogen af de fire i sagen omhandlede selskaber. Denne opfattelse synes dog ikke at være lige så sikker efter Landsskatterettens afgørelse SKM 2009.388.LSR.

Spørgeren søger på baggrund af dette følgende oplyst igennem et bindende svar fra SKAT:

”1. Kan SKAT bekræfte, at selskabet A ApS, B ApS og C A/S skal sambeskattes efter reglerne i SEL § 31 (national sambeskatning) i indkomståret 2009. Spørgsmålet ønskes bekræftet med henblik på indlevering af korrekt selvangivelse for indkomståret 2009, der omfatter regnskabsperioden 1. oktober 2008 til 30. september 2009”

11.1.2 Spørgers opfattelse

Spørger har som nævnt ovenfor indtil nu været af den opfattelse, at der ikke kunne statueres sambeskatning imellem nogen af de ovennævnte selskaber grundet den imellem A og D indgåede overenskomst, hvori den bestemmende indflydelse på trods af stemmeandele ikke er placeret hos de to parter i aftalen. Siden da har Landsskatteretten dog afsagt kendelsen SKM 2009.388.LSR, hvori det ikke er råderetten over stemmerne, der er relevant men derimod det formelle ejerskab af disse. Da spørger er af den opfattelse, at omstændighederne i den omtalte Landsskatteretskendelse er så tæt på den, som spørgeren selv befinder sig i, mener denne, at udfaldet derfor må være det samme, nemlig at der etableres sambeskatning imellem A og de to underliggende selskaber.

11.1.3 SKATs opfattelse

SKAT støtter op om spørgers opfattelse af, hvorledes regler og retspraksis skal fortolkes i forbindelse med denne konkrete situation. SKAT bekræfter dermed, at der på baggrund af SEL § 31 C og den af spørgeren refererede Landsskatteretsafgørelse skal etableres sambeskatning imellem A og de underliggende selskaber som følge af bestemmende indflydelse via stemmeretsandele på mere en 50%.

SKAT gør dog opmærksom på at vedtagelsen af selskabsloven, medfører en ændring i definitionen af, hvad der opfattes som koncernforbundne selskaber. Ændringen betyder, at koncerndefinitionen i SEL § 31 C bliver identisk med SL § 7. Sigtet med bestemmelsen er at bryde materielt med den tidligere koncerndefinition, ved at tillægge det afgørende betydning, hvem der har den reelle bestemmende indflydelse.

Det er dog ikke SKATs opfattelse, at den nye koncerndefinition vil medføre væsentlige ændringer i den praksis, der allerede eksisterer, men mener dog samtidig, at den praksis der er

beskrevet i Landsskatterettens kendelse i SKM 2009.388.LSR ikke længere kan opretholdes efter ændringen.

Tilsidesættelsen af SKM 2009.388.LSR begrundes med, at det, i den nye selskabsskattelovs § 31 C, stk. 3, er fastslået, at ejerskab til flertallet af stemmerne i et selskab ikke i sig selv fører til koncernforbindelse, hvis det klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse. Det er SKATs opfattelse, at eksistensen af en ejerftale, der kræver enighed mellem kapitalejerne i alle beslutninger vil udgøre en sådan påvisning og dermed ændre praksis på dette punkt.

Ændringen i praksis vil dog først få virkning for det indkomstår, der begynder efter den nye koncerndefinitions ikrafttrædelsesdato.

11.1.4 Afgørelse

Skatterådet tilslutter sig SKATs anbefaling og begrundelse, og bekræfter dermed, at der indtræder sambeskatning imellem A og datterselskaberne B og C.

11.1.5 Vores synspunkter

Ud fra de givne oplysninger følger det, at A ApS besidder 75% af kapitalandelene i B ApS og C A/S. Hvilket efter vores opfattelse efter den dagældende koncerndefinition statuere, at A havde bestemmende indflydelse over B og C, selvom A ikke besad den reelle bestemmende indflydelse grundet en ejerftale, da det ikke var en forudsæt i den tidligere koncerndefinition, at man besad den reelle bestemmende indflydelse.

Ligesom SKAT er det dog vores opfattelse, at ændringen i koncerndefinitionen betyder, at det fra ikrafttrædelsesdatoen er en forudsætning, at man besidder den reelle bestemmende indflydelse og ikke blot den formelle. Eftersom A ikke besidder den reelle bestemmende indflydelse i kraft af ejerftalen imellem A og D, må udgangspunktet være, at ændringen medfører, at A ikke længere har bestemmende indflydelse over B og C, så længe ejerftalen består.

Vi mener dog, at det er problematisk, at SKAT slet ikke forholder sig til SL § 82 i relation hertil, da det er vores opfattelse, at denne bestemmelse medfører, såfremt en af parterne

misligholder ejeraftalen, at A besidder den reelle bestemmende indflydelse, jf. SEL § 31 C, stk. 3, da hverken A eller D kan gøre ejeraftalen gældende overfor kapitalselskabet i tilfælde af misligholdelse.

11.2 SKM 2010.687.SR

11.2.1 De faktiske omstændigheder

SKM 2010.687.SR omhandler selskaberne A, B og C ApS og de fysiske personer D og E som indgår i en struktur, som de søger afgjort, hvorledes Skatterådet forholder sig til koncerndannelsen og dermed også sambeskatningen. A og B ejer hver 45% af C, mens D og E hver især ejer 5%. D ejer B ApS 100%, mens ejeren af A ApS er gift med E. Da der foreligger ikke nogen differentiering imellem kapitalklasserne fører dette ikke til yderligere diskussion.

Der foreligger en anpartshaveroverenskomst imellem anpartshaverne af A og B ApS, hvori det er reguleret, at A har beføjelse til at udpege den øverste ledelse i C ApS. A og B har planlagt at forny denne overenskomst i sin helhed og dermed også de bestemmelser, hvori A's ret til at udpege den øverste ledelse, i dette tilfælde majoriteten af bestyrelsen, i C er reguleret.

De involverede parter ønsker at afklare hvilke konsekvenser i forbindelse med sambeskatning en sådan forlængelse af aftalen vil få. Hvis ikke der statueres sambeskatning mellem A og C, har parterne til hensigt at indskrive i vedtægterne, at A forestår at indsætte den øverste ledelse i C.

Dette formuleres sådan af spørgeren:

- ”1. Vil der mellem A ApS og C ApS for indkomståret 2011 eksistere sambeskatning under de nærmere angivne omstændigheder?
2. Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende, vil der da mellem A ApS og C ApS for indkomståret 2011 eksistere sambeskatning, såfremt den bestemmende indflydelse indskrives i vedtægterne som nedenfor anført?”

11.2.2 Spørgers opfattelse

Spørger gør gældende, at selskabet A ikke besidder den i SEL § 31 C, stk. 3 omtalte bestemmende indflydelse, da A ikke ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i C, samt at det er nødvendigt at undersøge, hvorvidt der foreligger bestemmende indflydelse på anden vis og henviser til opsamlingsbestemmelsen i SEL § 31 C, stk. 4, som spørgeren mener er relevant i denne sammenhæng.

Ud fra den anpartshaveroverenskomst, som A og B har indgået, gør spørgeren gældende, at A og C ApS er indgår i samme koncern og dermed skal sambeskattes. Begrundelsen er herfor det ræsonnement, at A, som følge af anpartsoverenskomsten, besidder evnen til at fastsætte den øverste ledelse i C og derfor besidder den bestemmende indflydelse i selskabet, jf. SEL § 31 C, stk. 4, nr. 3.

Hvad angår problematikken omkring SL § 82, er det spørgerens opfattelse, at SL § 82 ikke er til hinder for, at der etableres koncernforbindelse imellem de to selskaber. Denne påstand forholder spørgeren sig til ved at kigge på de elementer, som SEL § 31 C, stk. 4 opstiller for, at der foreligger bestemmende indflydelse og gør det ud fra denne ordlydsfortolkning klart, at en bestemmelse som begrænser de beføjelser, der er opnået igennem SEL § 31 C, stk. 4 er for vidtgående. Hvilket betyder, at SL § 82 ikke tillægges så meget værdi i forbindelse med sambeskatning.

Desuden henviser spørgeren til tidligere retspraksis,⁸⁸ hvor Skatterådet, støttet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ligger op til, at en ejeraftale om end denne ikke kan tillægges bindende virkning for selskabet selskabsretligt, stadig vil blive tillagt en hvis vægt skattemæssigt.

Hvorvidt andet spørgsmål behandles af spørgeren findes ikke relevant og vil derfor ikke blive behandlet yderligere.

11.2.3 SKATs opfattelse

SKAT er af den samme holdning, hvad angår SEL § 31 C, stk. 4 og den påståede indskrænkning af SL § 82. Dog forbeholder SKAT sig retten til at vurdere hver enkelt sag individuelt. Fastheden og genforhandlingen af aftalen er en ting, som SKAT hæfter sig

⁸⁸SKM 2009.209.SR

meget ved, ønsket om at denne aftale også fremtidigt skal opretholdes og overholdes har tilsyneladende stor betydning for udfaldet af dette bindende svar. Hvorvidt den bestemmende indflydelse reelt vil blive udnyttet eller ej er også noget SKAT vejer i forhold til dette spørgsmål, i dette tilfælde er SKAT af den opfattelse at spørgeren har i sinde at benytte sig af dette. Med disse betingelser observeret giver SKAT sit bekræftende tilsagn til dette spørgsmål.

11.2.4 Afgørelsen

Skatterådet tilslutter sig SKATs anbefaling om at stille sig bekræftende i forholdet til, hvorvidt A og C ApS på baggrund af SEL § 31 C, stk. 4 skal sambeskattes som følge af den indgåede anpartsoverenskomst.

11.2.5 Vores synspunkter

Ud fra de givne oplysninger følger det, at ingen af de i sagen omtalte selskaber besidder mere end 50% af stemmerettighederne og dermed ikke har bestemmende indflydelse på baggrund af SEL § 31 C, stk. 3.

Det følger dog af en ejerftale, at A ApS har retten til at udpege 2 af 3 bestyrelsesmedlemmer i C ApS, og dermed beføjelse til at udpege flertallet af det øverste ledelsesorgan, hvilket jf. SEL § 31 C, stk. 4, nr. 3 umiddelbart medfører, at A ApS besidder den bestemmende indflydelse i C ApS. Selvom A ApS ud fra den betragtning besidder den bestemmende indflydelse, kan der dog være momenter, der bevirker, at dette ikke er tilfældet. Her tænkes specielt på følgende passage i de det bindende svar:

“(. . .) Det tillægges med forslaget afgørende vægt, hvem der reelt har bestemmende indflydelse over selskabet, uagtet om der formelt besiddes ejerandele. Sigtet hermed er at bryde materielt med den tidligere koncerndefinition ved at tillægge det afgørende betydning, hvem der har bestemmende indflydelse(. . .)”, jf. bemærkningerne til L170 2008/09 (Forslag til lov om aktie- og anpartsselskaber).

Heraf følger det, det er den REELLE bestemmende indflydelse, der er afgørende i forbindelse med vurdering af, om der foreligger bestemmende indflydelse. Dette betyder, at det er nødvendigt at undersøge, hvorvidt en ejerftale kan skabe reel bestemme indflydelse. Af SL § 82 fremgår følgende:

”Ejerftaler er ikke bindende for kapitalsselskabet og de beslutninger, der træffes af generalforsamlingen.”

At kapitalsselskabet ikke er bundet af ejerftalen og derfor ikke behøver forholde sig til denne betyder, at den bestemmende indflydelse, der opnås via aftalen, tilsidesættes selskabsretligt, såfremt aftalen misligholdes. Det, at aftalen kan tilsættes selskabsretligt, betyder efter vores opfattelse, at der ikke foreligger en reel bestemmende indflydelse, da det ikke muligt at gøre ens ret gældende, såfremt aftalen ikke misligholdes.

SKAT er dog af den opfattelse, at de som udgangspunkt skal respektere ejerftaler (men forbeholder sig retten til at foretage en konkret vurdering i hver enkelt sag), hvorledes dette er foreneligt med SL § 82, kan efterfølgende diskuteres, men dette ændrer dog ikke på, at SKAT tilsidesætter SL § 82's betydning. SKAT begrundet tilsidesættelsen med, at der ikke er nogen indikationer, der får SKAT til at tro, at parterne ikke vil respektere aftalen.

Som resultatet heraf kommer SKAT frem til, at A og C ApS skal sambeskattes som følge af den indgåede ejerftale, hvilket Skatterådet stadfæster. På baggrund af den analyse af SL § 82 set i forhold til SL § 7, som vi har foretaget ovenfor i kapitel 5, er vi ikke af den opfattelse, at der er grundlag for at statuere en reel bestemmende indflydelse som følge af ejerftalen og SKATs og Skatterådets afgørelse derfor er for vidtgående. Er der derimod tale om en vedtægtsbestemt ret, mener vi dog, at der vil være tale om en reel bestemmende indflydelse og at A og C ApS på baggrund heraf skal sambeskattes.

11.3 SKM 2011.42SR

11.3.1 De faktiske omstændigheder

I dette bindende svar fra Skatterådet er der tale om et større koncernkompleks som også forgrener sig uden for landet. De tre selskaber som er interessante i forhold til denne sag

er Y A/S, B ApS og A ApS, og vi vil derfor kun koncentrere os om disse selskaber og hvad der måtte være internt imellem dem.

B og Y har indgået en aftale, der forpligter Y, som repræsentant for den førnævnte koncernstruktur til at købe 10% af anparterne i A fra B. Derudover skal B også sørge for, at Y bliver stillet tegningsretter til rådighed, som ved indløsning giver Y 51% af anpartskapitalen og stemmerne i A. Hvis de tildelte tegningsretter udnyttes er Y forpligtet til at betale et kontant beløb til A samt at stille et beløb til rådighed, som efter påkrav fra B skal indløses. Y og B er derudover på baggrund af aftalen forpligtet til at indgå en aftale, som regulerer anpartsbesiddelsen i A. Derudover følger det ligeledes af aftalen, at A og B ikke kan forpligte sig juridisk indtil tegningsrettens udnyttelse uden, at Y har accepteret dette. For at gennemføre de krav som ovenstående aftale påkræver, har Y og B afholdt en ekstraordinær generalforsamling i A, hvor disse er blevet indfriet.

Der findes nu et aftalekompleks som regulerer det interne forhold imellem Y, A og B bestående af en aftale som fulgte med tegningsretterne herefter benævnt warrantaftalen. Derudover er der ejerftalen, som de to anpartshavere i A blev forpligtet til at indgå som følge af ovennævnte aftale. Sidst er der de nu, igennem den ekstraordinære generalforsamling, ændrede vedtægter til A, som blandt andet indeholder de vetorettigheder, som B opnår ved Y's udnyttelse af warrantaftalen.

Disse omstændigheder leder frem til dette spørgsmål:

”1. Kan Skatterådet bekræfte, at A ApS indtræder i en sambeskatning med Y A/S, jf. selskabsskattelovens § 31, fra den dato, hvor Y A/S opnår 51% af stemmerettighederne i A ApS ved udnyttelsen af de tildelte warrants?”

11.3.2 Spørgers opfattelse

Spørger er af den opfattelse, at Y i tilfælde af udnyttelsen af de ovennævnte warrants, vil opnå bestemmende indflydelse i A. Denne bestemmende indflydelse opnås som følge af SEL § 31C, stk. 3, da Y ifølge aftalen med B opnår mere end 50% af stemmerettighederne i A.

Spørgeren redegør for udviklingen i og baggrunden for ændringerne som fulgte som følge af selskabsreformen, som det også var tilfældet med SKM 2010.687.SR og henleder også i dette tilfælde Skatterådets opmærksomhed på bemærkningerne til § 7 i lovforslag L 170, der vedrører indførelsen af den nye selskabslov (lov nr. 470 af 12. juni 2009) som fortolkningsbidrag til SEL § 31 C.

Spørger er derfor bestyrket i sit argument om, at Y ved udnyttelsen af tegningsretterne, som tildeler denne 51% af stemmerettighederne i A, vil have den bestemmende indflydelse over selskabet. Spørger fastslår ydermere, at Y's ret til at udpege ledelsen i A blot bestyrker ovenstående argument om, at denne har bestemmende indflydelse i tilfælde af tegningsrettens udnyttelse.

At B i en aftale med Y besidder nogle vetorettigheder ændrer, ifølge spørgeren, ikke ved det faktum, at Y har den bestemmende indflydelse. Dette støtter spørgeren op om ved at henlede opmærksomheden på retspraksis, hvor vetorettigheder i en lignende situation ikke ændrede ved, at den bestemmende indflydelse blev tillagt selskabet, der ejede mere end halvdelen af stemmerettighederne.⁸⁹

Herudover henviser spørgeren til SKM 2010.209.SR for fortolkningsbidrag til SEL § 31 C. Selv om denne sag blev taget op før selskabsreformen, henviser Skatterådet til de kommende ændringer og tilbageviser dermed også tidligere praksis⁹⁰ som ellers kunne være gået spørgeren imod.

Spørgeren finder også støtte til sit forslag i ligningsvejledningen, nærmere bestemt punkt S.D.4.1.1.2 som ligesom ovenstående ligger vægt på den reelle bestemmende indflydelse frem for formaliteter som vetorettigheder og aftaler. Det er ifølge spørgeren vigtigt at skelne imellem vetorettigheder som rent faktisk afspejler afgivelse af indflydelse og rettigheder, hvor dette ikke er tilfældet. Her deler spørgeren beslutningsprocesserne op i to, en del hvor almindeligt flertal er nødvendigt og en del hvor der er behov for kvalificeret flertal. Det er her spørgerens synspunkt at kun én af de i ejeraftalen implementerede vetorettigheder, som omhandler udlodning af udbytte til anpartshaveren, kan fortolkes som en afgivelse af suverænitet fra Y's side af.

⁸⁹SKM 2006.42.SR

⁹⁰SKM 2009.388.LSR

Da denne rettighed ikke er ment til at indskrænke Y's indflydelse på beslutningsprocessen, mener spørgeren heller ikke, at komplekset af vetorettigheder i sin helhed har dette i sigte, og ændrer derved ikke ved, at Y har den bestemmende indflydelse over A.

11.3.3 SKATs opfattelse

SKAT tilslutter sig spørgerens henvisninger til bl.a. SEL § 31C og de fortolkningsbidrag som er blevet fremhævet. Samtidig slår SKAT fast, at der i tilfælde som disse må være tale om en konkret afvejning af de momenter, som taler for og imod bestemmende indflydelse, hvilket er helt i tråd med, hvad spørgeren har givet udtryk for.

I dette tilfælde er SKAT af den holdning, at denne afvejning afhænger af de vetorettigheder, som selskaberne Y og B har aftalt igennem den indgåede ejerftale, da der ikke vil være nogen tvivl om udfaldet, hvis ikke disse var til stede. Efter en konkret vurdering finder SKAT, at vetorettighederne ikke indskrænker Y bestemmende indflydelse.

Samtidig fastslår SKAT dog, at de ikke kan tilslutte sig spørgerens argumentation mht., at det skulle have nogen betydning om der er tale om beslutninger, som kræver almindeligt eller kvalificeret flertal, SKAT er af den opfattelse, at der må foretages en konkret vurdering i hver enkelt situation. Med denne ene undtagelse tilslutter SKAT sig spørgerens indstilling efter en konkret vurdering af situationen.

11.3.4 Afgørelse

Skatterådet tilslutter sig SKATs anbefaling og begrundelse, og bekræfter dermed, at der indtræder sambeskatning imellem Y og A på det tidspunkt, hvor førstnævnte udnytter sin tegningsret.

11.3.5 Vores synspunkter

Ud fra de givne oplysninger følger det, at Y i tilfælde af udnyttelsen af tegningsretten besidder 51% af kapitalandelene og stemmerne i A, hvilket efter vores opfattelse medfører, at Y har bestemmende indflydelse over A, jf. SEL § 31 C, stk. 3, da Y ved udnyttelse af tegningsretten opnår mere end 50% af stemmerettighederne i A. Derudover har Y i

henhold til ejeraftalen med B beføjelse til at udpege 2 ud af 3 bestyrelsesmedlemmer, hvilket ligeledes taler for, at Y har bestemmende indflydelse over A, jf. SEL § 31 C, stk. 4, nr. 3.

Spørgsmålet er dog om der er tale om en reel bestemmende indflydelse, da B i ejeraftalen med Y besidder nogle vetorettigheder. Ligesom SKAT er vi af den opfattelse, at det afhænger af en konkret vurdering fra sag til sag, hvorvidt vetorettighederne medfører, at der ikke foreligger reel bestemmende indflydelse.

I SKM 2010.209.SR var vetorettigheder af en sådan karakter, at det var SKATs opfattelse, at ingen af de involverede selskaber besad den reelle bestemmende indflydelse. Vetorettighederne er dog ifølge SKAT ikke af en sådan karakter i denne sag og Y har derfor bestemmende indflydelse over A.

Hvorvidt den indstilling er korrekt eller ej er ikke det centrale i relation til vores speciale. Det centrale er derimod, at SL § 82 blot nævnes i et citat, hvilket SKAT slet ikke forholder sig til. Af citatet fremgår følgende:

”Forudsætningen for at ejeraftaler kan tillægges retsvirkning er selvfølgelig, at de overholdes. Hvis aftalen ikke overholdes, vendes der tilbage til udgangspunktet om, at der er tale om en koncern, hvis M ejer > 50% af stemmerne i D. Jf. selskabslovens § 82 er ejeraftaler ikke bindende for selskabet og de beslutninger, der træffes på generalforsamlingen. En flertalsaktionær kan derfor i princippet vælge at bryde en indgået ejeraftale og få vedtaget en beslutning på generalforsamlingen.”

Ligningsvejledningens punkt S.D.4.1.1.2

Ud fra citatet kan Y i princippet stemme imod ejeraftalen og få vedtaget beslutninger på trods af vetorettighederne i ejeraftalen, da disse ikke er bindende for selskabet og de beslutninger, der bliver truffet på generalforsamlingen.

Såfremt vetorettighederne i ejeraftalen havde været af en mere omfattende karakter som i SKM 2010.209.SR, må det antages på baggrund af SKM 2010.209.SR, at Y ifølge SKAT ikke havde besiddet en reel bestemmende indflydelse over A. Set i forhold til ligningsvejledningens punkt S.D.4.1.1.2, må dette antages kun at være tilfældet, så længe ejeraftalen overholdes.

11.4 SKM 2011.82.SR

11.4.1 De faktiske omstændigheder

Dette bindende svar involverer 5 ApS'er A, B, C, D og E, hvor E ligger under de førstnævnte selskaber som hver i sær ejer 25% af anparterne i denne. Der er i denne struktur, til forskel fra den øvrige retspraksis forskel i kapitalklasserne sådan, at A og C har 500 stemmer hver i forhold til B og D som kun har 125 hver især. Før denne konstellation var E ejet af én enkelt person gennem et holdingselskab A. Personerne bag B, C, og D var før ejerkredsens udvidelse blot ansatte i E.

Der er indgået en anpartshaveroverenskomst imellem alle anpartshaverne i E, som bl.a. regulerer kapital- og stemmerettigheder disse 4 selskaber imellem. Desuden er der i denne aftale tilføjet en bestemmelse der fastlægger, at aftalen har forrang, ikke blot i forhold til E's vedtægter men også i forhold til de involverede selskabers respektive vedtægter.

Udover den allerede beskrevne selskabskonstruktion, indgår der også et ejendomsselskab heri, hvilket dog ikke har betydning i forhold til det bindende svar og derfor ikke vil blive behandlet yderligere.

For at blive indlemmet i kapitalstrukturen ved hjælp af køb af anparter i E, har medarbejderselskaberne lånt penge af A. Sikkerhed for lånene er opnået igennem selvskyldnerkaution samt primær håndpantsetning af de førnævnte anparter i E. Stemmeretten tilknyttet de håndpantssatte anparter bliver ikke overdraget som følge af lånearrangementet, A har dog beføjelsen til at udpege ledelsen i B, C og D. Dermed har A alligevel kontrollen over stemmerne af de belånte anparter, da A dermed har den bestemmende indflydelse over selskaberne indtil gældsforholdet ophører.

A står ligeledes for den daglige ledelse af medarbejderselskaberne, hvilket er en overkommelig opgave i og med, at den eneste aktivitet i disse selskaber stammer fra interaktionen med E og det fælles ejendomsselskab.

Såfremt der ikke på baggrund af ovenstående kan statueres sambeskatning, er det hensigten at indskrive i vedtægterne til medarbejderholdingselskaberne, at A har retten til at udpege ledelsen i de respektive selskaber så længe låneforholdet består.

Dette leder spørgeren til at spørge om følgende:

- ”1. Vil der mellem A ApS og B ApS, C ApS samt D ApS for indkomståret 2011 eksistere sambeskatning under de nærmere angivne omstændigheder?
2. Vil der mellem A ApS og E ApS for indkomståret 2011 eksistere sambeskatning under de nærmere angivne omstændigheder?
3. Såfremt spørgsmål 1 og/eller 2 besvares benægtende, vil der da mellem de i spørgsmål 1 og 2 anførte parter for indkomståret 2011 eksistere sambeskatning, såfremt A ApS tillægges en vedtægtsbestemt ret til at udpege selskabernes ledelse samt samtykke til vedtægtsændringer som nedenfor anført?
4. Såfremt spørgsmål nr. 1 besvares benægtende, vil der da mellem A ApS og B ApS, C ApS samt D ApS for indkomståret 2011 eksistere sambeskatning under de nærmere angivne omstændigheder, såfremt håndpantsettningserklæringerne omformuleres som nedenfor anført?
5. Såfremt spørgsmål nr. 2 besvares benægtende, vil der da mellem A ApS og E ApS for indkomståret 2011 eksistere sambeskatning under de nærmere angivne omstændigheder, såfremt håndpantsettningserklæringerne omformuleres som nedenfor anført?”

11.4.2 Udtalelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

Skatteministeriet har bedt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen redegøre for, hvorvidt der er koncernforbindelse imellem A, B, C og D på baggrund af håndpantsettningerne. Desuden søger skatteministeriet Erhvervs- og Selskabsstyrelsens fortolkning af hvorvidt der mellem A ApS og E ApS, B ApS, C ApS og D ApS er koncernforbindelse i det tilfælde af at de ovennævnte vedtægtsændringer gennemføres.

Ud fra de givne omstændigheder kommer Erhvervs- og Selskabsstyrelsen frem til, at der ikke på baggrund af aftalen om håndpantsettningserklæringerne sammenholdt med indfrielsesmuligheder i gælds brevet foreligger en koncern mellem de involverede selskaber efter årsregnskabsloven eller selskabsloven.

11.4.3 Spørgers opfattelse

Spørger gør, som det også har været tilfældet med den tidligere retspraksis, opmærksom på SEL § 31 C og de fortolkningsbidrag som følger heraf, bl.a. årsregnskabslovens koncernebegræb og forarbejderne til denne.

Spørgeren har i den forudgående retspraksis fremhævet, at der ligger op til, at det er den reelle bestemmende indflydelse, der har betydning ved vurdering af, om der foreligger en koncernforbindelse. Det påpeges af spørgeren, at der ikke på baggrund af stemmerettigheder, jf. SEL § 31 C, stk. 3 kan statuere koncernforbindelse med B, C og D, da A ikke ejer disse stemmerettigheder, som stadig tilhører de fysiske personer bag selskaberne.

Spørgeren er dog af den overbevisning, at A stadig har bestemmende indflydelse over selskaberne B, C og D. Denne bestemmende indflydelse bygger på, at A via det ovennævnte lånearrangement har beføjelse til at udpege ledelsen i de respektive medarbejderselskaber. På denne måde har A, ifølge spørgeren, kontrollen over "de finansielle og driftsmæssige forhold i de pågældende selskaber".

Når disse argumenter sammenholdes påstår spørgeren sambeskatning imellem A og B, C og D jf. SEL § 31 C stk. 4, nr. 3.

Hvad angår SL § 82, er spørgeren af den opfattelse, at denne ikke finder anvendelse og dermed ikke afholder A fra at blive sambeskattet med B, C og D. Dette begrundes med, at den aftale A har indgået med medarbejderselskaberne ikke har form af en ejerftale, som det er opridset i SL § 5, nr. 6. Dette skyldes, ifølge spørgeren, at aftalen i dette eksempel ikke er indgået imellem kapitalejerne i de respektive selskaber, men er med A som långiver og de andre selskaber som låntagere. Da spørger er af den opfattelse, at SL § 82 ikke finder anvendelse og at der er koncernforbindelse jf. SEL § 31 C, stk. 3 og 4, påstås der sambeskatning mellem A og B, C og D.

Hvad andet spørgsmål angår, er det samme retlige systematik, der lagt vægt på af spørgeren og som går igen igennem i hele kapitlet omkring retspraksis. Dermed er det som ovenfor også en vurdering af om A og E falder inden for den koncerndefinition som SEL § 31 C dikterer.

Da A, trods stemmedifferentiering, ikke har over 50% af stemmerettighederne i E kan der ikke bestemmes koncerndefinition jf. formodningsreglen i SEL 31 C, stk. 3 og spørger leder

derfor opmærksomheden videre til opsamlingsbestemmelsen i SEL 31 C, stk. 4. Da A, efter spørgerens mening, er i besiddelse af den bestemmende indflydelse i de tre medarbejderselskaber, i henhold til ovenstående argumentation, må denne også have den bestemmende indflydelse over E, da alle anpartsstemmerne dermed er under A's kontrol. A vil derfor, så længe låneforholdet imellem denne og de øvrige holdingselskaber består, kunne udpege og afsætte ledelsen i E og herved have den bestemmende indflydelse i E også.

SL § 82 finder spørgeren heller ikke har relevans i forbindelse med dette spørgsmål, da den aftale som er årsagen til den bestemmende indflydelse er den samme som i forrige spørgsmål. Slutteligt påstår spørger, ud fra ovennævnte momenter, koncernforbindelse og dermed også sambeskatning efter SEL § 31, stk. 1.

I tilfælde af, at det ikke lykkes i de 2 ovenstående spørgsmål, gør spørgeren i tredje spørgsmål koncernforbindelse gældende ved en vedtægtsændring i selskaberne B, C, D og E. Denne vedtægtsændring består i, at der indføres en klausul i de førnævnte selskaber, som gør A i stand til at udpege den øverste ledelse i de omtalte selskaber samtidig med, at det indføres, at denne ret kun kan ophæves ved A's accept. Denne ændring ser spørgeren som en måde, hvorpå der opnås koncernforbindelse jf. SEL § 31 C, stk. 4, nr. 3. Spørgeren finder heller ikke, at SL § 82 i denne sammenhæng har nogen relevans, da sådanne vedtægtsændringer normalt ikke har været klassificeret som værende ejerftaler.

Det 4 og 5 spørgsmål er formuleret efter af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse og er en præcisering af de håndpantssætningserklæringer som foreligger imellem A og B, C og D. Præciseringen har til formål at sørge for, at den bestemmende indflydelse fortsætter året ud, selvom låneforholdet bliver afviklet, for at den påståede koncernforbindelse ikke går tabt. Dette relaterer sig både til A's forhold til medarbejderholdingselskaberne såvel som E. Til støtte for denne påstand har spørgeren fremhævet to Skatteråds afgørelser, SKM 2010.687.SR og SKM 2010.688.SR, som denne mener er lignende, hvorved denne sag bør få samme udfald.

11.4.4 SKATs opfattelse

SKAT deler spørgers opfattelse af, at der ikke kan statueres koncernforbindelse som følge af SEL § 31 C, stk. 3, da A ikke besidder stemmerettigheder i nogen af medarbejderselskaberne, medmindre der sker misligholdelse af lånene.

Hvorefter det vurderes, hvorvidt der kan statuere bestemmende indflydelse jf. SEL § 31 C, stk. 4, nr. 3. Til denne vurdering har SKAT lagt vægt på, at låneforholdene er opsigelige fra låntagers side med et varsel på 10 dage. Når dette sammenholdes med ovenstående faktum, at der skal være sket misligholdelse, samt at pantsætningen kræves realiseret af pantthaver for at stemmerettighederne kan tilfalde A og at der i bestemmelsen skal være en reel bestemmende indflydelse, som SKAT ikke finder tilstede i denne forbindelse, mener SKAT ej heller at der kan opretholdes koncernforbindelse på baggrund af SEL § 31 C, stk. 4, nr. 3.

Derudover anfægter SKAT i forbindelse med koncernforbindelsen er realiteten af konstruktionen. Denne anfægtelse begrundes delvist i IAS 27. De internationale regnskabsstandarder som IAS 27 står for indeholder den koncerndefinition, som den seneste selskabsreform bygger på. Den, dens forarbejder og bemærkninger er derfor en vigtig kilde når de nye koncerndefinitioner benyttes. Så selvom der i den danske udgave af IAS 27 ikke er medtaget et krav om, at det bestemmende selskab skal opnå fordele ved at være involveret i selskabet, er SKAT stadig af den opfattelse, at dette også gælder i dette tilfælde. SKAT sår dermed tvivl om, om spørgeren i dette tilfælde opnår andre fordele, ved at besidde den bestemmende indflydelse over medarbejderholdingselskaberne, end de skattefordele som sambeskatningen udløser. Dette argument om, at konstruktionen i SKATs øjne er rent skattemæssigt dikteret og det, at den bestemmende indflydelse udelukkende vil komme på tale, hvis låneforholdene bliver misligholdt, gør, at SKAT ikke er af den opfattelse, at der er koncernforbindelse i spørgsmål 1.

På baggrund af SKATs holdning til første spørgsmål er det heller ikke muligt at svare bekræftende til andet spørgsmål, da dette forudsætter, at der er kontrol over minimum et af medarbejderselskaberne og da SKAT har afvist, at det er tilfældet med samtlige af selskaber, besvarer SKAT også andet spørgsmål afkræftende.

SKAT mener ikke, at den præcisering som spørgeren har fremlagt vil gøre nogen forskel på, hvordan den bestemmende indflydelse vil blive betragtet, og må derfor også besvare de spørgsmål 4 og 5 negativt.

11.4.5 Afgørelse

Skatterådet tilslutter sig SKATs indstilling og begrundelse og tillader derfor ikke, at der imellem A og medarbejderholdingselskaberne B, C og D etableres koncernforbindelse og derfor ej heller sambeskatning på det grundlag, som er forlagt. Det samme gør sig gældende for det under disse føromtalte selskaber placerede selskab E ApS.

11.4.6 Vores synspunkter

Ud fra de givne oplysninger følger det, at A ApS ikke besidder nogle kapitalandele i B, C og D ApS, men i kraft af et lånearrangement, har beføjelse til at udpege det øverste ledelsesorgan i disse virksomheder, hvilket som udgangspunkt statuere bestemmende indflydelse, jf. SEL § 31 C, stk. 4, nr. 3.

Selvom dette er tilfældet, er SKAT af den opfattelse, at der her ikke er tale om reel bestemmende indflydelse, da A kun er tillagt denne beføjelse i de enkelte så længe låneforholdene med det pågældende selskab består og kan til en hver tid indfries med et varsel på 10 dage.

Set i forhold til den allerede ovenfor beskrevne praksis harmonere dette ikke. I SKM 2010.209.SR, SKM 2010.687.SR og SKM 2011.42.SR giver SKAT udtryk for, at der er muligt at opnå eller frasige sig den reelle bestemmende indflydelse og dermed skabe koncernforbindelse i kraft af en ejerftale, der kun kan gøres gældende så længe den overholdes, grundet SL § 82. Set i forhold til denne sag er det problematisk, da det ikke er vores opfattelse, at der er forhold i de øvrige sager, der indikere, at den bestemmende indflydelse, der er opnået via en ejerftale er bedre sikrede end den bestemmende indflydelse, som A har over B, C og D.

På baggrund heraf er vi af den opfattelse, at A besidder den reelle bestemmende indflydelse i B, C og D i samme grad, som det er tilfældet i den allerede foregående beskrevne praksis og der derfor eksisterer sambeskatning under de nærmere angivne omstændigheder.

Sammenfatning af retspraksis

Ud fra den ovenfornævnte retspraksis er vi kommet frem til følgende:

Efter, at koncerndefinition i SEL § 31 C blev ændret i forbindelse med indførelsen af selskabsreformen, er den praksis som der er beskrevet i SKM 2009.388LSR ikke længere gældende, da det ikke længere er afgørende, hvem der besidder ejerskabet til stemmerettighederne, når den bestemmende indflydelse skal fastlægges, men derimod hvem, der råder over stemmerettigheder. Man er altså gået fra at tillægge den formelle bestemmende indflydelse værdi og i stedet forholde sig til, hvem, der besidder den reelle bestemmende indflydelse.

Derudover er vi kommet frem til, at vetorettighederne kun får indvirkning på den bestemmende indflydelse i de tilfælde, hvor rettighederne indskrænker den bestemmende indflydelse, som selskabet ellers ville besidde, såfremt vetorettighederne ikke forelå.

I forhold til ejeraftaler viser retspraksis, at SKAT og Skatterådet stadigvæk tillægger disse aftaler værdi, såfremt SKAT og Skatterådet vurderer, at aftalens parter vil overholde aftalen. Da det er vores opfattelse, at denne vurdering sker på et meget tyndt grundlag, forholder vi os dog kritisk til dette.

I princippet giver denne vurdering, efter vores opfattelse, SKAT og Skatterådet en ulovhjemlet beføjelse til at bestemme, hvorvidt en aftale skal have virkning i forhold til tredjemand (i dette tilfælde SKAT) og om de to selskaber skal sambeskattes eller ej. Hvordan

dette er foreneligt med princippet om lovmæssig forvaltning, hvoraf det fremgår, at en forvaltningsmyndighed skal have hjemmel i lov,⁹¹ kan der stilles spørgsmålstegn ved.

Vores synspunkt er, at en ejerftale kan være med til at statuere reel bestemmende indflydelse, men dette kun forholder sig sådan, så længe den pågældende ejerftale overholdes. I de tilfælde, hvor ejerftalen brydes, vil dette altså medføre, at den bestemmende indflydelse ophører, såfremt den bestemmende indflydelse er sikret i kraft af aftalen.

⁹¹Michelsen, Aage: Lærebog om indkomstskat, s. 109

Del V

Afslutning

Konklusion

Formålet med dette speciale er at finde frem til, hvorvidt SL § 82 bør tillægges betydning i forhold til den bestemmende indflydelse, der kræves for, at der foreligger en koncernforbindelse imellem selskaber.

Måden, hvorpå vi har undersøgt dette er ved at forholde os til, hvad hensigten med SL § 82 har været.

Af betænkning 1498/2008 fremgår det, at hensigten med SL § 82 er, at skabe klarhed over retsstillingen og slå fast, at ejerftaler ikke er bindende for de beslutninger, som træffes på kapitalselskabet generalforsamling. Derudover fremgår det ligeledes af betænkningen, at selskabet, som ejerftalen omhandler, ikke selv kan være en del af aftalen og dermed ikke bindes på baggrund af denne.

Udover at forholde os til hensigten med SL § 82, har vi også beskrevet selskabslovens koncerndefinition, der er identisk med årsregnskabsloven og selskabsskattelovens koncerndefinition. På baggrund heraf er vi kommet frem til, at det ikke længere er en forudsætning, at man er ejer af flertallet af stemmerettigheder, men at det tilstrækkeligt at man har råderetten over stemmeflertallet for, at der foreligger bestemmende indflydelse, hvilket kan være tilfældet i kraft en ejerftale jf. SL § 7, stk. 3, nr. 1. Derudover er vi kommet frem til, følgende ligeledes kan medføre, at et selskab besidder den bestemmende indflydelse:

1. Når der foreligger en aftale på baggrund af vedtægterne eller med selskabet, hvoraf det fremgår, at man har "beføjelse" til at styre selskabets finansielle og driftsmæssige forhold, SL § 7, stk. 3, nr. 2.

2. Når et selskab har ”beføjelse” til at udpege og afsætte det øverste ledelsesorgan, SL § 7, stk. 3, nr. 3.
3. Når et selskab besidder det faktiske stemmeflertal på generalforsamlingen eller et tilsvarende organ set i forhold til tidligere generalforsamlinger, jf. SL § 7, stk. 3, nr. 4.

I forbindelse med udarbejdelse af ovenstående er vi kommet frem til den opfattelse, at der foreligger en intern strid mellem SL §§ 7 og 82, som vi ligeledes har søgt løst, da det er af afgørende betydning, hvordan de to bestemmelser forholder sig til hinanden. I den analyse vi har foretaget, er vi kommet frem til, at denne regelkrydsning skal løses ud fra en afvejning af, hvilken af de to bestemmelsers tilblivelseshistorie, der er mest forenelig med selskabsreformens formål. På baggrund heraf er vi kommet frem til, at SL § 7 viger for SL § 82 og at SL § 82 dermed kan bevirke, at en kapitalejer ikke kan gøres sin bestemmende indflydelse gældende overfor selskabet, hvis de rettigheder der tilfalder denne består via en ejeraftalen, der misligholdes.

Efter at have forholdt os til SL §§ 7 og 82, har vi beskrevet de danske sambeskatningsregler, SEL §§ 31-31 C. Hvorudfra vi er kommet frem til, at disse regler har udviklet sig fra at være udelukkende baseret på retspraksis og til at være et særdeles detaljeret lovreguleret regelsæt. Derudover er afdækket, hvem der er omfattet af henholdsvis den nationale og den internationale sambeskatning.

På baggrund heraf er vi kommet frem til, at den nationale sambeskatning helt forenklet beskrevet omfatter den virksomhed, der udøves fra dansk territorium og hvor der foreligger koncernforbindelse, jf. SEL § 31 C.

Men hensyn til den internationale sambeskatning er vi kommet frem til, at følgende er omfattet heraf: koncernforbundne selskaber og foreninger m.v., i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagerens indskudte kapital. Derudover er udenlandske faste driftssteder og faste ejendomme ligeledes omfattet af den internationale sambeskatning, da der i SEL § 31 A, stk. 1 gælder et globalpuljebegreb. Ligesom det er tilfældet ved den nationale sambeskatning, forudsættes det, at der er koncernforbindelse, jf. SEL § 31. Udover at have undersøgt, hvem der er omfattet af den nationale og internationale sambeskatning, har vi ligeledes undersøgt, hvordan sambeskatningskredsens administrationselskab udpeges, hvilke admi-

nistrative forpligtigelser sambeskatningen medfører, samt de særlige genbeskatningsregler, der følger den internationale sambeskatning.

På baggrund af den opnåede viden, har vi analyseret en række bindende svar fra Skatterådet, hvor den bestemmende indflydelse er reguleret på baggrund af en ejerftale (dog med undtagelse af SKM 2011.82.SR, hvor det er et lånearrangement, der efter spørgerens opfattelse statuerer bestemmende indflydelse).

Ud fra vores analyse er vi kommet frem til, at SKAT og Skatterådet er af den opfattelse, at den nye koncerndefinition i SEL § 31 C ændrer på den hidtidige praksis, således, at det er den reelle bestemmende indflydelse og ikke den formelle, som det var tilfældet i SKM 2009.388LSR, der er afgørende i forbindelse med vurderingen af om der foreligger, bestemmende indflydelse eller ej, det følger af SKM 2010.209.SR, hvilket harmonerer med den ovenfor beskrevne analyse af SL § 7.

Udover at være kommet frem til, at det er den reelle og ikke den formelle bestemmende indflydelse, der er afgørende, er vi ligeledes kommet frem til, at vetorettigheder kun har betydning for den bestemmende indflydelse i de tilfælde, hvor vetorettighederne indskrænker denne.

Set i forhold til ejerftaler viser den analyserede retspraksis, at SKAT og Skatterådet, efter indførelsen af SL § 82, stadigvæk tillægger ejerftaler betydning, når der skal tages stilling til, hvorvidt et selskab har bestemmende indflydelse. På trods af dette er tilfældet forbeholder SKAT sig dog stadigvæk retten til at foretage en konkret vurdering fra sag til sag.

Ud fra en generel betragtning mener vi, at en ejerftale kan være med til at statuere reel bestemmende indflydelse, men dette kun forholder sig sådan, så længe den pågældende ejerftale overholdes. Brydes aftalen medfører det, at den bestemmende indflydelse ophører, såfremt den afhænger af ejerftalen.

At SKAT og Skatterådet ikke klart opstiller nogle retningslinier for, hvornår de tillægger en ejerftale en sådan betydning, finder vi særdeles problematisk. På baggrund heraf anbefales det, at de særlige rettigheder, der måtte være tillagt en af kapitalejerne i en ejerftale overføres til selskabets vedtægter. Såfremt det fornødne flertal ikke besiddes til at foretage en vedtægtsændring, anbefaler vi, at anmoder SKAT om bindende svar.

Litteraturfortegnelse

Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende aftaleret, Gads forlag – Gjellerup, 2. udgave (2005), ISBN 87-13-04859-7.

Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 8. reviderede udgave (2004), ISBN 87-574-1126-3.

Blume, Peter: Juridisk Metodelære – En indføring i rettens og juraens verden, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave (2004), ISBN 87-574-1062-3.

Christensen, Jan Schans: Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret, Forlaget Thomson, 3. Udgave, (2009), ISBN 978-87-619-2625-8.

Evald, Jens m.fl.: Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave (2004), ISBN 87-574-0516-6.

Koue, Lars Røikjær: Sambeskatning – i teori og praksis, Forlaget Thomson, 1. udgave (2007), ISBN 978-87-619-1902-1.

Kruhl, Martin Christian: Ejerftaler, Thomson Reuters, 1. udgave (2011), ISBN 978-87-619-2924-2

Lookofsky, Joseph mfl.: Lærebog i Obligationsret 1 – Ydelsen Beføjelser, Forlaget Thomson, 2. udgave (2009) ISBN 978-87-619-1224-4

Michelsen, Aage m.fl.: Lærebog om indkomstskat, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 12. udgave (2007), ISBN 978-87-574-1649-7.

Ross, Alf: Om Ret og Retfærdighed – En indførelse i den analytiske retsfilosofi, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1. udgave (1971) ISBN 87-17-01001-2.

Schaumburg-Müller, Peer m.fl.: Selskabsloven med kommentarer (lov om aktie- og anpartsselskaber), Jurist og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave (2010), ISBN 978-87-574-2054-8.

Schaumburg-Müller, Peer m.fl.: Vedtægter og ejeraftaler – med tjeklister og paradigmer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave (2010), ISBN 978-87-574-2266-5.

Wegener, Morten: Juridisk Metode, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave (2000), ISBN 87-574-6761-5.

Werlauff, Erik: Selskabsret, Forlaget Thomson, 6. udgave (2006), ISBN 978-87-619-1530-6.

Werlauff, Erik: Selskabsret, Thomson Reuters, 8. udgave (2010), ISBN 978-87-619-2820-7.

Werlauff, Erik: Selskabsskatteret 2009/2010, Thomson Reuters, 11. udgave (2009), ISBN 978-87-619-2550-3.

Werlauff, Erik m.fl.: Vedtægter og aktionæroverenskomster, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave (1995), ISBN 87574-3931-5.

Winter-Sørensen, Niels m.fl.: Skatteretten 3, Thomson Reuters, 5. udgave (2009), ISBN 987-87-619-2340-0.

Betænkninger

Betænkning 540/1969 om fællesnordisk aktieselskabslovgivning

Betænkning 1452/2004 rapport fra sambeskatningsudvalget

Betænkning 1498/2008 om modernisering af selskabsretten

Bekendtgørelser

Bekendtgørelse nr. 996 af 26. september 2006

Meddelelser/afgørelser fra SKAT

SKM 2006.42.SR

SKM 2007.419.LSR

SKM2009.209.SR

SKM 2009.388.LSR

SKM 2010.209.SR

SKM 2010.687.SR

SKM 2010.688.SR

SKM 2011.42.SR

SKM 2011.82.SR

Ugeskrift for Retsvæsen

Domme

UfR 1996.1550H

UfR 1936.715H

UfR 1940.421H

UfR 1943.784H

Artikler

UfR 2008B. 207

UfR 2008B. 425